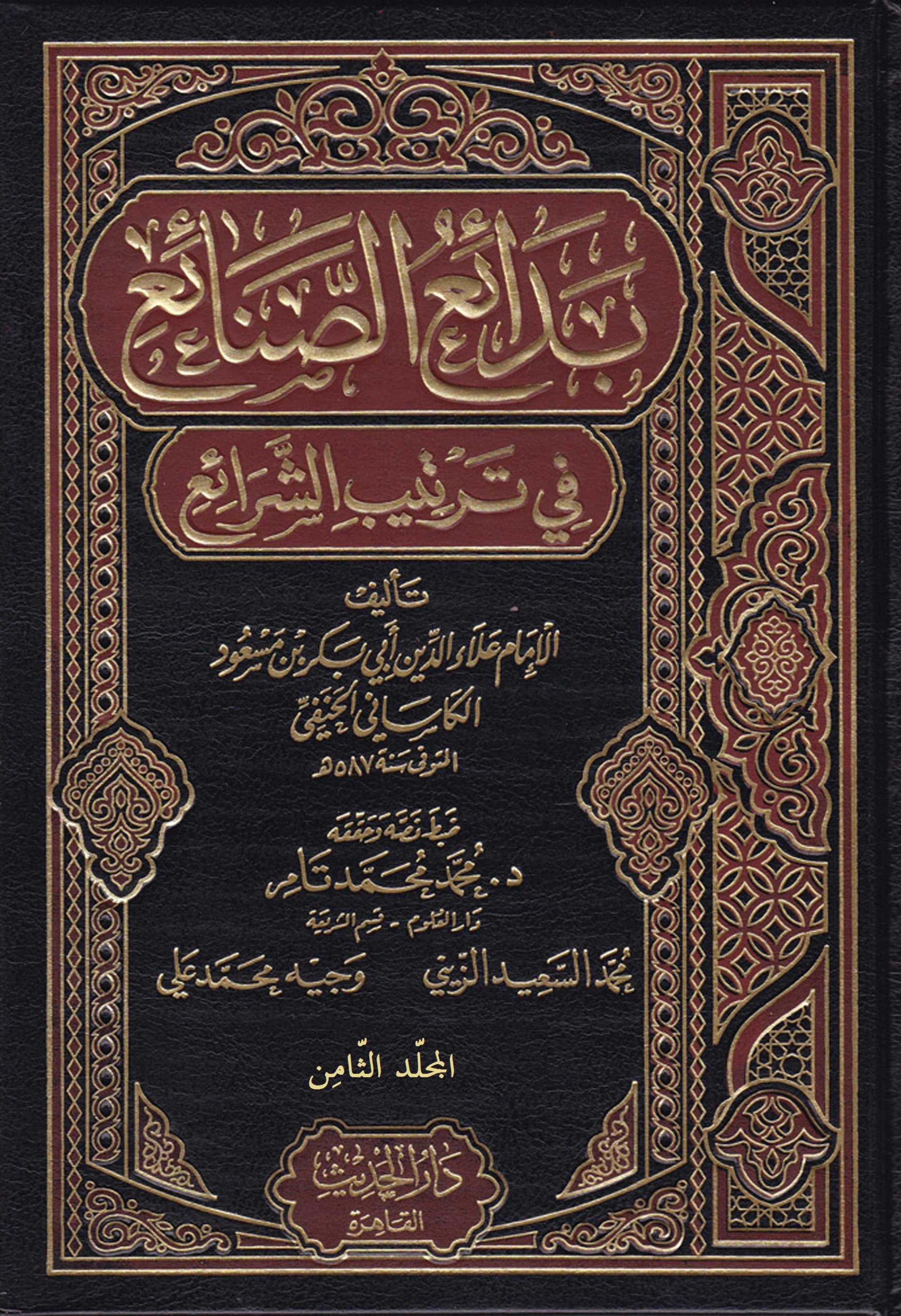

بدائع الصنائع
في ترتيب الشرائع
تأليف
الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود
الكاساني الحنفي
المتوفى سنة ٥٨٧هـ
ضبط نصه وحققه
د. محمد محمد تامر
دار العلوم - قسم الشريعة
محمد السعيد الزيني
وجيه محمد علي
المجلّد الثّامن
دار الحديث
القاهرة



اسم الكتـــاب : بدائع الصنائع

اسم المؤلـــف : الإمام الكاساني الحنفي

اسم المحقـــق : د. محمد محمد تامر

القطـــــع : ١٧×٢٤سم

عدد المجـلدات : ١٠ مجلدات

سنة الطبــــع : ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م



رقـم الإيـداع : ١٨٩٧٧ / ٢٠٠٤م

الترقيـم الدولى : ٨- ٠٨١ - ٣٠٠ - ٩٧٧

6 222007 702440

دار الحديث

طبــع . نشــر . توزيــع

١٤٠ شارع جوهر القائد أمام جامعة الأزهر تليفون : ٥٨٩٩٤٠٩ / ٥٩١٨٧١٩ / ٥٩١٩٦٩٧ فاكس : ٥٩١٩٦٩٧

www.darelhadith.com E-mail: info@darelhadith.com



تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود
الكاساني الحنفي
المتوفى سنة ٥٨٧هـ

حقق على نسخة مخطوطة كاملة وعلق عليه
د/ محمد محمد تامر
كلية دار العلوم - قسم الشريعة

المجلد الثامن

دار الحديث
القاهرة



كتاب المضاربة



كتاب المضاربة

يُحتاجُ في هذا الكِتابِ إلى معرفةِ:

جوازِ هذا العقدِ.

وإلى معرفةِ رُكْنِه.

وإلى معرفةِ شَرائطِ الرُّكْنِ.

وإلى معرفةِ حُكْمِه.

وإلى معرفةِ صِفةِ العقدِ.

وإلى معرفةِ ما يَبْطُلُ به.

ومعرفةِ حُكْمِه إذا بَطَلَ.

وإلى بيانِ حُكْمِ اختِلافِ رَبِّ المالِ والمُضارِبِ.

أما الأوَّلُ: فالقياسُ أنّه [1] لا يجوزُ؛ لأنّه استئجارٌ بأجرٍ مجهولٍ بل بأجرٍ مَعْدومٍ، ولِعملٍ مجهولٍ، لَكِنّا تَرَكْنا القياسَ بالكِتابِ العَزيزِ والسُّنّةِ والإجماعِ.

أما الكتابُ الكريمُ: فقولُه عَزَّ شأنُه: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠] والمُضارِبُ يَضْرِبُ في الأرضِ يَبْتَغي من فضْلِ الله عَزَّ وجَلَّ، وقولُه سبحانه وتعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِي ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠]، وقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا۟ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨].

وأما السُّنّةُ: فما رُوِيَ عن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال: كان سَيِّدُنا العَبّاسُ بنُ عبدِ المُطَّلِبِ إذا دَفَعَ المالَ مُضارَبةً، اشترطَ على صاحبِه أنْ لا يَسْلُكَ به بَحْرًا ولا يَنْزِلَ به وادِيًا، ولا يَشترِيَ به دابّةً ذاتَ كبِدٍ رَطْبةٍ، فإنْ فعَلَ ذلك ضَمِن [قال] [2] فبَلَغَ شرطُه رَسُولَ الله ﷺ [فأجازَ شرطَه [3]

---

(١) في المخطوط: «أن». (٢) زيادة من المخطوط.

(٣) أخرجه الدارقطني (٣/ ٧٨)، برقم (٢٩٠)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١١١) برقم (١١٣٩١)، والطبراني في الأوسط (١/ ٢٣١)، برقم (٧٦٠) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما. . =

وكذا بُعِثَ رَسولُ الله ﷺ] [١] والنّاسُ يَتعاقَدونَ المُضارَبةَ فلم يُنْكِرْ عليهم وذلك تَقْريرٌ لهم على ذلك؛ والتَّقْريرُ أحدُ وُجوه السُّنّةِ.

(وأمّا) الإجماعُ: فإنّه رويَ عن جَماعةٍ من الصّحابةِ رضي الله تعالى عنهم أنّهم دَفَعوا (مالَ اليَتيمِ) [٢] مُضارَبةً، منهم [٣]: سَيِّدُنا عُمَرُ وسَيِّدُنا عُثْمانُ وسَيِّدُنا عَليٌّ وعبدُ الله بنُ مسعودٍ وعبدُ الله بنُ عُمَرَ [٤] وعُبَيْدُ الله بنُ عُمَرَ وسَيِّدَتُنا عائشةُ رضي الله عنهم ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليهم من أقرانِهم أحدٌ، ومثلُه يكونُ إجماعًا.

ورويَ أنّ عبدَ الله وعُبَيْدَ الله ابنَيْ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنهم قَدِما العِراقَ وأبو موسَى الأشعَريُّ أميرٌ بها فقال لهما: لو كان عندي فضْلٌ لأكرَمْتُكُما، ولَكِنْ عندي مالٌ لِبَيْتِ المالِ أدْفَعُه إليكُما، فابْتاعا به مَتاعًا واحمِلاه إلى المَدينةِ وبيعاه، وادْفَعا ثَمَنَه إلى أميرِ المُؤمِنينَ فلَمّا قَدِما المَدينةَ قال لهما سَيِّدُنا عُمَرُ رضي الله عنه: هذا مالُ المسلمينَ فاجعَلا رِبْحَه لهم فسَكَتَ عبدُ اللَّه، وقال عُبَيْدُ اللَّه: ليس لَك [٥] ذلك، لو هَلَكَ مِنّا لَضَمِنّا [٦] فقال بعضُ الصّحابةِ: يا أميرَ المُؤمِنينَ، اجعَلْهما [٧] كالمُضارِبَيْنِ في المالِ، لهما النِّصْفُ ولِبَيْتِ المالِ النِّصْفُ فرَضيَ به سَيِّدُنا عُمَرُ رضي الله عنه [٨].

وعلى هذا تَعامَلَ النّاسُ من لَدُنْ رَسولِ الله ﷺ إلى يومِنا هذا في سائرِ الأعصارِ من غيرِ إنْكارٍ من أحدٍ، وإجماعُ أهلِ كُلِّ عَصْرٍ حُجّةٌ، فتُرِكَ به القياسُ.

ونوعٌ من القياس يَدُلُّ على الجوازِ أيضًا، وهو أنّ النّاسَ يَحْتاجونَ إلى عقدِ المُضارَبةِ؛ لأنّ الإنسانَ قد يكونُ له مالٌ لَكِنّه لا يَهْتَدي إلى التِّجارةِ، وقد يَهْتَدي إلى التِّجارةِ لَكِنّه لا

=وأورده الهيثمي في المجمع (٤/ ١٦١) وقال: رواه الطبراني في الأوسط وفيه أبو الجارود الأعمى وهو متروك كذاب.

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «المال إليهم».

(٣) في المخطوط: «فيهم».

(٤) أخرجه الدارقطني (٢/ ١١١)، برقم (٣)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١١١)، برقم (١١٣٨٨) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٥) في المخطوط: «له».

(٦) في المخطوط: «لضمنتنا».

(٧) في المخطوط: «اجعلاهما».

(٨) أخرجه مالك، كتاب: القراض، باب: ما جاء في القراض، برقم (١٣٩٦)، وأخرجه البيهقي في الكبرى (٦/ ١١٠)، برقم (١١٣٨٥)، والشافعي في مسنده (١/ ٢٥٢) من حديث زيد بن أسلم عن أبيه، وأورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١١٣).

مالَ له، فكان في شرعِ هذا العقدِ دَفْعُ الحاجَتَيْنِ، واللّه تعالى ما شَرَعَ العُقودَ إلاّ لِمَصالِحِ العِبادِ ودَفْعِ حَوائجِهم.

فصل [في أركان المضاربة]

وأمّا رُكنُ العقدِ: فالإيجابُ والقَبولُ، وذلك بألفاظٍ تَدُلُّ عليهما [١]، فالإيجابُ هو لَفْظُ المُضارَبةِ والمُقارَضةِ [٢/ ٢٥٩أ] والمُعامَلةِ، وما يُؤَدّي مَعانيَ هذِه الألفاظِ، بأنْ يقولَ رَبُّ المالِ: خُذْ هذا المالَ مُضارَبةً، على أنّ ما رَزَقَ الله عَزَّ وجَلَّ أو أطْعَمَ الله تعالى منه من رِبْحٍ، فهو بيننا على كذا من نصفٍ أو ثُلُثٍ أو رُبْعٍ أو غيرِ ذلك من الأجزاءِ [٢] المَعْلومةِ، وكذا إذا قال: مُقارَضةً أو: مُعامَلةً أو يقولُ المُضارِبُ: أخَذْتُ أو: رَضيتُ أو: قَبِلْتُ أو نحوُ ذلك فيَتِمُّ الرُّكْنُ بينهما.

أمّا لَفظُ المُضاربةِ: فصَريحٌ مَأخوذٌ من الضَّرْبِ في الأرضِ، وهو السَّيْرُ فيها، سُمّيَ هذا العقدُ مُضارَبةً؛ لأنّ المُضارِبَ يَسيرُ في الأرضِ ويَسْعَى فيها لابْتِغاءِ الفضْلِ، وكذا لَفْظُ المُقارَضةِ صَريحٌ في عُرْفِ أهلِ المَدينةِ؛ لأنّهم يُسَمّونَ المُضارَبةَ مُقارَضةً [٣] كما يُسَمّونَ الإجارةَ بيعًا، ولأنّ المُقارَضةَ مَأخوذةٌ من القَرْضِ، وهو القَطْعُ، سُمّيَتِ المُضارَبةُ مُقارَضةً لِما أنّ رَبَّ المالِ يَقْطَعُ يَدَه عن رَأس المالِ ويجْعَلُه في يَدِ المُضارِبِ، والمُعامَلةُ لَفْظٌ يَشتمِلُ على البيعِ والشِّراءِ، وهذا معنى هذا العقدِ.

ولو قال: خُذْ هذا المالَ واعمَلْ به على أنّ ما رَزَقَ الله عَزَّ وجَلَّ من شيءٍ فهو بيننا على كذا ولم يَزِدْ على هذا فهو جائزٌ؛ لأنّه أتَى بلَفْظٍ يُؤَدّي معنى هذا العقدِ، والعِبْرةُ في العُقودِ لِمَعانيها لا لِصوَرِ الألفاظِ، حتى يَنْعَقِدَ البيعُ بلَفْظِ التّمليكِ بلا خلافٍ، ويَنْعَقِدَ النِّكاحُ بلَفْظِ البيعِ والهبةِ والتّمليكِ عندَنا.

وذَكرَ في الأصلِ لو قال: خُذْ هذِه الألفَ فابْتَعْ بها مَتاعًا، فما كان من فضْلٍ فلك النِّصْفُ ولم يَزِدْ على هذا فقَبِلَ هذا، [كان] [٤] مُضارَبةً استحسانًا، والقياسُ أنْ لا يكونَ مُضارَبةً.

-**(وجه) القياس:** أنّه ذَكَرَ الشِّراءَ ولم يَذْكُرِ البيعَ، ولا يَتحَقّقُ معنى المُضارَبةِ إلاّ بالشِّراءِ والبيعِ.

---

(١) في المخطوط: «عليه».
(٢) في المخطوط: «الأجرة».
(٣) في المخطوط: «مقابضة».
(٤) ليست في المخطوط.

-(وجه) **الاستحسانِ:** أنّه ذَكَرَ الفضْلَ، ولا يَحْصُلُ الفضْلُ إلاّ بالشّراءِ والبيعِ، فكان ذِكْرُ الابْتياعِ ذِكْرًا للبيعِ [والشراء] [(١)]، وهذا معنى المُضارَبةِ.

ولو قال: خُذْ هذِه الألفَ بالنِّصْفِ ولم يَزِدْ عليه كان مُضارَبةً استحسانًا، والقياسُ أنْ لا يكونَ؛ لأنّه لم يَذْكُرِ الشّراءَ والبيعَ فلا يَتَحقَّقُ معنى المُضارَبةِ.

وجه الاستحسانِ أنّه لَمّا ذَكَرَ الأخْذَ، والأخْذُ ليس عملاً يَسْتَحِقُّ به العِوَضَ، وإنّما يَسْتَحِقُّ بالعملِ في المَأخوذِ وهو الشّراءُ والبيعُ، فتَضَمَّنَ ذِكْرُه ذِكْرَ الشّراءِ والبيعِ.

ولو قال: خُذْ هذا المالَ فاشترِ به هَرَويًّا بالنِّصْفِ أو رَقيقًا بالنِّصْفِ ولم يَزِدْ على هذا شيئًا، فاشترى كما أمَرَه فهذا فاسدٌ، وللمُشتري أجرُ مثلِ عملِه فيما اشترى، وليس له أنْ يَبيعَ ما اشترى إلاّ بأمرِ رَبِّ المالِ؛ لأنّه ذَكَرَ الشّراءَ ولم يَذْكُرِ البيعَ، ولا ذَكَرَ ما يوجِبُ ذِكْرَ البيعِ؛ ليُحْمَلَ على المُضارَبةِ، فحُمِلَ على الاستئجارِ على الشّراءِ بأجرٍ مجهولٍ، وذلك فاسدٌ، فإذا اشترى كما أمَرَه [(٢)] فالمُسْتَأجِرُ استَوْفى مَنافعَه بعقدٍ فاسدٍ، فاستَحَقَّ أجرَ مثلِ عملِه، وليس له أنْ يَبيعَ ما اشترى من غيرِ إذنِ الآمِرِ؛ لأنّه أمَرَه بالشّراءِ لا بالبيعِ فكان المُشترَى له، فلا يجوزُ بيعُه من غيرِ إذنِه، فإنْ باع منه شيئًا لا يَنفُذُ [(٣)] بيعُه من غيرِ إجازةِ رَبِّ المالِ، ويَضْمَنُ قيمَتَه إنْ لم يَقْدر على عَيْنِه؛ لأنّه صارَ مُتْلِفًا مالَ الغيرِ بغيرِ إذنِه وإنْ أجازَ رَبُّ المالِ البيعَ، والمَتاعُ قائمٌ جازَ، والثّمَنُ لِرَبِّ المالِ؛ لأنّ عَدَمَ الجوازِ لَحِقَه، فإذا أجازَ فقد زالَ المانِعُ.

وكذلك لو كان لا يَدْري حاله أنّه قائمٌ أو هالِكٌ فأجازَ؛ لأنّ الأصلَ هو بَقاءُ المَبيعِ حتى يَعْلَمَ هَلاكَه، وإنّما شَرَطَ قيامَ المَبيعِ؛ لأنّه شَرَطَ صِحّةَ الإجازةِ لِما عُرِفَ أنّ ما لا يكونُ مَحِلاً لإِنْشاءِ العقدِ عليه، لا يكونُ مَحِلاً لإِجازةِ العقدِ فيه، وإنْ عَلِمَ أنّه هالك [(٤)]، فالإجازةُ باطِلةٌ لِما ذَكَرْناه [(٥)].

ورَوَى بشْرٌ عن أبي يوسفَ في رجلٍ دَفَعَ إلى رجلٍ ألفَ درهَم؛ ليَشتريَ بها ويَبيعَ، فما رَبِحَ فهو بينهما فهذِه مُضارَبةٌ ولا ضَمانَ على المَدْفوعِ إليه المالَ ما لم يُخالفْ؛ لأنّه لَمّا

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «أمر».
(٣) في المخطوط: «ينعقد».
(٤) في المخطوط: «هلك».
(٥) في المخطوط: «ذكرنا».

ذَكَرَ الشِّراءَ والبيعَ فقد أتى بمعنى المُضارَبةِ، وكذلك لو شَرَطَ عليه أنّ الوضيعةَ عَلَيَّ وعليكَ، فهذِه مُضارَبةٌ والرِّبْحُ بينهما، والوضيعةُ على رَبِّ المالِ؛ لأنّ شرطَ الوضيعةِ على المُضارِبِ شرطٌ فاسدٌ فيَبْطُلُ الشّرطُ، وتَبْقَى المُضارَبةُ.

وروى [(١)] عَليُّ بنُ الجعْدِ عن أبي يوسفَ لو أنّ رجلًا دَفَعَ إلى رجلٍ ألفَ درهَم ولم يَقُلْ: مُضارَبةً ولا بضاعةً، ولا قَرْضًا ولا شَرِكةً، وقال: ما رَبِحتْ (فهو بيننا) [(٢)] فهذِه مُضارَبةٌ؛ لأنّ الرِّبْحَ لا يَحْصُلُ إلاّ بالشِّراءِ والبيعِ، فكان ذِكْرُ الرِّبْحِ ذِكْرًا لِلشِّراءِ والبيعِ، وهذا معنى المُضارَبةِ.

ولو قال: خُذْ هذِه الألفَ على أنّ لك نصفُ الرِّبْحِ، أو ثُلُثُه ولم يَزِدْ على هذا فالمُضارَبةُ جائزةٌ قياسًا واستحسانًا، وللمُضارِبِ ما شَرَطَ، وما بَقيَ فلِرَبِّ المالِ، والأصلُ في جنسِ هذِه المَسائلِ: أنّ رَبَّ المالِ إنّما يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ؛ لأنّه نَماءُ مالِه لا بالشّرطِ، فلا يَفْتَقِرُ استحقاقُه إلى الشّرطِ، بدَليلِ أنّه إذا فسَدَ الشّرطُ كان جميعُ الرِّبْحِ له، والمُضارِبُ لا يَسْتَحِقُّ إلاّ بالشّرطِ؛ لأنّه إنّما يَسْتَحِقُّ بمُقابَلةِ عملِه، والعملُ لا يُتَقَوّمُ إلاّ بالعقدِ [٢/ ٢٥٩ب].

وإذا عُرِفَ هذا، فنَقولُ في هذِه المسألةِ: إذا سُمّيَ للمُضارِبِ جُزْءًا مَعْلومًا من الرِّبْحِ، فقد وجَدَ في حَقِّه ما يَفْتَقِرُ إلى استحقاقِه الرِّبْحَ فيَسْتَحِقُّه، والباقي يَسْتَحِقُّه رَبُّ المالِ بمالِه.

ولو قال: خُذْ هذا المالَ مُضارَبةً على أنّ لي نصفَ الرِّبْحِ ولم يَزِدْ على هذا، فالقياسُ أنْ تكونَ المُضارَبةُ فاسدةً [(٣)]، وهو قولُ الشّافعيِّ رحمه الله، ولَكِنّها جائزةٌ استحسانًا، ويكونُ للمُضارِبِ النِّصْفُ.

(وجه) القياس: أنّ رَبَّ المالِ لم يجْعَلْ للمُضارِبِ شيئًا مَعْلومًا من الرِّبْحِ، وإنّما سَمَّى لِنفسِه النِّصْفَ فقَطْ، وتسميَتُه لِنفسِه لَغْوٌ؛ لِعَدَمِ الحاجةِ إليها، فكان ذِكْرُه والسُّكوتُ عنه بمنزلةٍ واحدةٍ - وإنّما الحاجةُ إلى التّسْميةِ في حَقِّ المُضارَبةِ [(٤)] - ولم يوجَدْ، فلا تَصِحُّ المُضارَبةُ.

---

(١) في المطبوع: «ورُوِيَ عن». (٢) في المخطوط: «فيها فبيننا».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي ص (١٢٤).
(٤) في المخطوط: «المضارب».

(وجه) الاستحسانِ: أنّ المُضارَبةَ تَقْتَضي الشَّرِكةَ في الرِّبْحِ، فكان تسميةُ أحدِ النِّصْفَيْنِ لِنفسِه تسميةَ الباقي للمُضارِبِ، كأنّه قال: خُذْ هذا المالَ مُضارَبةً على أنّ لك النِّصْفَ كما في ميراثِ الأبَوَيْنِ في قولِه سبحانه وتعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء:١١] لَمّا كان ميراثُ المَيِّتِ لأبَوَيْه وقد جعل الله تعالى عَزَّ وجَلَّ للأُمِّ منه الثُّلُثَ كان ذلك (جعل الباقي للأبِ) [(١)] كذا هذا.

ولو قال: على أنّ لي نصفَ الرِّبْحِ ولك ثُلُثُه ولم يَزِدْ على هذا، فالثُّلُثُ للمُضارِبِ والباقي لِرَبِّ المالِ؛ (لِما ذَكَرْنا أنّ) [(٢)] استحقاقَ المُضارِبِ الرِّبْحَ بالشّرطِ، واستحقاقَ رَبِّ المالِ لِكَوْنِه من نَماءِ مالِه فإذا سَلَّمَ المشروطَ [للمُضارِبِ] [(٣)] بالشّرطِ يُسَلِّمُ المسكوتَ عنه، وهو الباقي لِرَبِّ المالِ؛ لِكَوْنِه [(٤)] من نَماءِ مالِه.

ولو قال رَبُّ المالِ: على أنّ ما رَزَقَ الله عَزَّ وجَلَّ فهو بيننا جازَ ذلك، وكان الرِّبْحُ بينهما نصفَيْنِ؛ لأنّ (البين) كلِمةُ قسمةٍ، والقسمةُ تَقْتَضي المُساواةَ إذا لم يُبَيَّنْ [(٥)] فيها مقدارٌ مَعْلومٌ قال الله تعالى عَزَّ شأنُه: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر:٢٨] وقد فُهِمَ منها التّساوي في الشِّرْبِ قال الله سبحانه وتعالى: ﴿[قَالَ] [(٦)] هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشعراء:١٥٥] هذا إذا شرطَ جُزْءًا من الرِّبْحِ في عقدِ المُضارَبةِ لأحدِهما، إمّا المُضارِبُ وإمّا رَبُّ المالِ، وسَكَتَ عن الآخَرِ.

فأمّا إذا شَرَطَ لهما ولِغيرِهما، بأنْ شَرَطَ فيه الثُّلُثَ للمُضارِبِ، والثُّلُثَ لِرَبِّ المالِ، والثُّلُثَ لِثالِثٍ سِواهما، فإنْ كان الثّالِثُ أجنبيًّا، أو كان ابنَ المُضارِبِ، وشَرَطَ عليه العملَ جازَ، وكان الرِّبْحُ بينهم أثلاثًا، وإنْ لم يَشْرِطْ عليه العملَ لم يجُزْ، وما شَرَطَ له يكونُ لِرَبِّ المالِ؛ لأنّ الرِّبْحَ لا يُسْتَحَقُّ في المُضارَبةِ من غيرِ عملٍ ولا مالٍ، وصارَ [(٧)] المشروطُ له كالمسكوتِ عنه.

وإنْ كان الثّالِثُ عبدَ المُضارِبِ، فإنْ كان عليه دَيْنٌ فكذلك عند أبي حنيفةَ رحمه الله إنْ شَرَطَ عملَه؛ لأنّ المُضارِبَ لا يَمْلِكُ كسْبَ عبدِه، فكان كالأجنبيِّ، وإنْ لم يَشترِطْ

---

(١) في المخطوط: «جعلا للأب».
(٢) في المخطوط: «لأن».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «بكونه».
(٥) في المخطوط: «يتبين».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «فكان».

عملَه فما شَرَطَه [١] فهو لِرَبِّ المالِ لِما ذَكَرْنا في الأجنَبيِّ.

وعند أبي يوسفَ ومحمدٍ: المشروطُ له يكونُ للمُضارِبِ؛ لأنّ المولى يَمْلِكُ كسْبَه عندَهما، كما يَمْلِكُ لو لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ.

وإنْ كان الثّالِثُ عبدَ رَبِّ المالِ، فهو على هذا التّفْصيلِ أيضًا أنّه إنْ كان عليه دَيْنٌ، فإنْ شَرَطَ عملَه فهو كالأجنَبيِّ عند أبي حنيفةَ؛ لأنّ المولى لا يَمْلِكُ أكْسابَه، وإنْ لم يَشترِطْ عملَه فما شَرَطَ له فهو لِرَبِّ المالِ لِما قُلْنا.

وعندَهما ما شُرِطَ له فهو مشروطٌ لِمولاه، عَمِلَ أو لم يعملْ؛ لأنّ المولى يَمْلِكُ (كسْبَ عبدِه) [٢] [سواء] [٣] كان عليه دَيْنٌ أو [لا، فإنْ لم يَكُنْ على العبدِ دَيْنٌ ففي عبدِ المُضارِبِ الثُّلُثانِ للمُضارِبِ، والثُّلُثُ لِرَبِّ المالِ؛ لأنّه إذا] [٤] لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ، فالمِلْكُ يَثْبُتُ للمولَى، فكان المشروطُ له مشروطًا للمولَى، وصارَ [٥] كأنّه شَرَطَ للمُضارِبِ الثُّلُثَيْنِ، وفي عبدِ رَبِّ المالِ الثُّلُثُ للمُضارِبِ [٦]، والثُّلُثانِ لِرَبِّ المالِ؛ لأنّ المشروطَ له يكونُ مشروطًا لِمولاه إذا لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ، فصارَ كأنّ رَبَّ المالِ شَرَطَ لِنفسِه الثُّلُثَيْنِ.

وعلى هذا قالوا: لو شَرَطَ ثُلُثَ الرِّبْحِ [للمُضارِبِ، والثُّلُثَ لِقَضاءِ دَيْنِ المُضارِبِ، والثُّلُثَ لِرَبِّ المالِ أنّ الثُّلُثَيْنِ للمُضارِبِ، والثُّلُثَ لِرَبِّ المالِ، وكذا لو شَرَطَ ثُلُثَ الرِّبْحِ للمُضارِبِ، والثُّلُثَ لِرَبِّ المالِ، والثُّلُثَ لِقَضاءِ دَيْنِ رَبِّ المالِ أنّ الثُّلُثَيْنِ لِرَبِّ المالِ، والثُّلُثَ للمُضارِبِ؛ لأنّ المشروطَ لِقَضاءِ دَيْنِ كُلِّ واحدٍ منهما مشروطٌ له.

فصل في شرائط الركن

وَأمّا شَرائطُ الرُّكْنِ فبعضُها يرجعُ] [٧] إلى العاقِدَيْنِ، وهما رَبُّ المالِ والمُضارِبُ، وبعضُها يرجعُ إلى رَأسِ المالِ، وبعضُها يرجعُ إلى الرِّبْحِ.

(أمّا) الذي يرجعُ إلى العاقِدَيْنِ [وهما رَبُّ المالِ والمُضارِبُ] [٨]، فأهليّةُ التّوْكيلِ

---

(١) في المخطوط: «شرط له».
(٢) في المخطوط: «كسبه سواء».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «فصار».
(٦) زاد في المخطوط: «الثلث».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) ليست في المخطوط.

والوكالةِ؛ لأنّ المُضارِبَ يَتصرَّفُ بأمرِ رَبِّ المالِ، وهذا معنى التّوْكيلِ، وقد ذَكَرنا شَرائطَ أهليّةِ التّوْكيلِ والوكالةِ، في كِتابِ الوكالةِ.

ولا يُشترَطُ إسلامُهما [لجواز المضاربة] [١] فتَصِحُّ المُضارَبةُ بيْن أهلِ الذِّمّةِ وبين المسلمِ والذِّمّيِّ والحرْبيِّ المُسْتأمَنِ حتى لو دَخَلَ حَرْبيٌّ دارَ الإسلام بأمانٍ، فدَفَعَ مالَه إلى مسلمٍ مُضارَبةً، أو دَفَعَ إليه مسلمٌ مالَه [٢] مُضارَبةً فهو جائزٌ؛ لأنّ المُسْتأمَنَ في دارِنا بمنزِلةِ الذِّمّيِّ، والمُضارَبةُ [٣] مع الذِّمّيِّ مُضارَبةٌ جائزةٌ، فكذلك مع الحرْبيِّ المُسْتأمَنِ، فإنْ كان المُضارِبُ هو المسلمُ فدَخَلَ دارَ الحرْبِ بأمانٍ فعَمِلَ بالمالِ فهو جائزٌ؛ لأنّه دَخَلَ دارَ رَبِّ المالِ فلم يوجَدْ بينهما اختِلافُ الدّارَيْنِ فصارَ كأنّهما في دارٍ واحدةٍ.

وإنْ كان المُضارِبُ هو الحرْبيَّ، فرجع إلى (دارِه الحرْبيُّ) [٤]، فإنْ كان بغيرِ إذنِ رَبِّ المالِ فعمل بالمال [٥] بَطَلَتِ المُضارَبةُ، وإنْ كان بإذنِه فذلك جائزٌ ويكونُ [٢/ ٢٦٠أ] على المُضارَبةِ، ويكونُ الرِّبْحُ بينهما على ما شَرَطا إنْ رجع إلى دارِ الإسلامِ مسلمًا أو مُعاهدًا أو بأمانٍ استحسانًا، والقياسُ أنْ تَبْطُلَ المُضارَبةُ.

(وجه) القياس: أنّه لَمّا عادَ إلى دارِ الحرْبِ بَطَلَ أمانُه وعادَ إلى حُكْمِ الحرْبِ كما كان، فبَطَلَ أمرُ رَبِّ المالِ عند اختِلافِ الدّارَيْنِ، فإذا تَصرَّفَ فيه فقد تَعدَّى بالتّصرُّفِ فمَلَك ما تَصرَّفَ فيه.

(وجه) الاستحسانِ: أنّه لَمّا خَرَجَ دخل بأمرِ رَبِّ المالِ صار كأنّ رَبَّ المالِ دَخَلَ معه.

ولو دَخَلَ رَبُّ المالِ معه إلى دارِ الحرْبِ لم تَبْطُلِ المُضارَبةُ، فكذا إذا دَخَلَ بأمرِه بخلافِ ما إذا دَخَلَ بغيرِ أمرِه؛ لأنّه لَمّا لم يَأذَنْ له بالدُّخولِ انقَطَعَ حُكْمُ رَبِّ المالِ عنه، فصارَ تَصرُّفُه لِنفسِه (فمَلَك الأمرَ به) [٦].

وقد قالوا في المسلمِ: إذا دَخَلَ دارَ الحرْبِ بأمانٍ، فدَفَعَ إليه حَرْبيٌّ مالاً مُضارَبةً [فربح] [٧] مِائةَ درهَمٍ، أنّه [٨] على قياس قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ جائزٌ، فإنِ اشترى المُضارِبُ على هذا ورَبِحَ أو وُضِعَ فالوضيعةُ على رَبِّ المالِ والرِّبْحُ على ما اشترطَ،

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «ما لا».
(٣) في المخطوط: «والمعاملة».
(٤) في المخطوط: «دار الحرب».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «ما تصرف فيه».
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) في المخطوط: «أن هذا».

ويَسْتَوْفِي المُضارِبُ مِائةَ درهَمٍ والباقي لِرَبِّ المالِ، وإنْ لم يَكُنْ في المالِ رِبْحٌ [١] إلاّ مِائةً، فهي كُلُّها للمُضارِبِ ما لم يشترط، وإنْ كان أقَلَّ من مِائةٍ فذلك للمُضارِبِ أيضًا، ولا شيءَ للمُضارِبِ على رَبِّ المالِ؛ لأنّ رَبَّ المالِ لم يَشترِطِ المِائةَ إلاّ من الرِّبْحِ.

فأمّا على [٢] قولِ أبي يوسفَ فالمُضارَبةُ فاسدةٌ، وللمُضارِبِ أجرُ مثلِه، وهذا [٣] فرّعَ اختِلافِهم في جوازِ الرِّبا في دارِ الحرْبِ؛ لِما عُلِمَ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى رَأسِ المالِ [فأنواعٌ] [٤]:

منها: أنْ يكونَ رَأسُ المالِ من الدَّراهمِ أو [٥] الدَّنانيرِ عند عامّةِ العُلَماءِ فلا تَجوزُ المُضارَبةُ بالعُروضِ [٦].

وعند مالِكٍ رحمه الله: هذا ليس بشرطٍ [٧] وتَجوزُ المُضارَبةُ بالعُروضِ، والصّحيحُ قولُ العامّةِ لِما ذَكَرْنا في كِتابِ الشَّرِكةِ أنّ رِبْحَ [٨] ما يَتَعَيَّنُ بالتّعْيينِ رِبْحُ ما لم يُضْمَنْ؛ لأنّ العُروضَ تَتَعَيَّنُ عند الشِّراءِ بها، والمُعَيَّنُ غيرُ مضمونٍ، حتى لو هَلَكتْ قبلَ التّسْليمِ لا شيءَ على المُضارِبِ، فالرِّبْحُ عليها يكونُ رِبْحَ ما لم يُضْمَنْ، وَنَهَى رَسُولُ الله ﷺ عن رِبحِ ما لم يُضْمَنْ [٩]، وما لا يُتَعَيَّنُ يكونُ مضمونًا عند الشِّراءِ به حتى لو هَلَكتِ [١٠] العَيْنُ قبلَ التّسْليمِ، فعلى المُشتري به (ضَمانُه، فكان الرِّبْحُ على ما في الذِّمّةِ) [١١] فيكونُ

---

(١) في المخطوط: «من الربح».
(٢) في المخطوط: «في».
(٣) في المخطوط: «على هذا».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «و».
(٦) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٢٢/ ٣٦).
ومذهب الشافعية: أنه لا تجوز المضاربة بالعروض. انظر: مختصر المزني (ص ١٢٢).
(٧) مذهب المالكية: أن المضاربة لا تصح بالعروض، وفي رواية أخرى: تصح إذا قبض الثمن وعلى رب المال أجر مثله في بيع العروض. انظر: الكافي (ص ٣٨٧).
(٨) في المخطوط: «الربح على».
(٩) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: البيوع، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، برقم (٣٥٠٤)، والترمذي، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، برقم (١٢٣٤)، والنسائي كتاب: البيوع، باب: شرطان في بيع، وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة، برقم (٤٦٣٠)، وابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن، برقم (٢١٨٨)، وأحمد، برقم (٦٦٣٣)، والدارمي بنحوه، كتاب: البيوع، باب: في النهي عن شرطين في بيع، برقم (٢٥٦٠) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما، انظر صحيح الجامع الصغير للألباني، رقم (٧٦٤٤).
(١٠) في المخطوط: «هلك».
(١١) في المخطوط: «ضمان مثله من الربح، فكان الربح على ما في مثله».

رِبْحَ المضمونِ، ولأنّ المُضارَبَةَ بالعُروضِ تُؤَدّي إلى جَهالةِ الرِّبْحِ وقتَ القسمةِ؛ لأنّ قيمةَ العُروضِ تُعْرَفُ بالحزر والظَّنِّ، وتختلفُ باختِلافِ المُقَوِّمينَ، والجهالةُ تُفْضي إلى المُنازَعةِ، والمُنازَعةُ تُفْضي إلى الفسادِ، وهذا لا يجوزُ.

وقد قالوا: إنّه لو دَفَعَ إليه عُروضًا، فقال له: بعْها واعمَلْ بثَمَنِها مُضارَبَةً فباعها بدراهِمَ أو دَنانيرَ وتَصَرَّفَ فيها جازَ؛ لأنه لم يُضِفِ المُضارَبَةَ إلى العُروضِ (وإنّما أضافَها)[1] إلى الثَّمَنِ، والثَّمَنُ تَصِحُّ به المُضارَبَةُ، فإنْ باعها بمَكيلٍ أو موزونٍ جازَ البيعُ عند أبي حنيفةَ بناءً على أصلِه في الوكيلِ بالبيعِ مُطْلَقًا، أنّه يَبيعُ[2] بالأثمانِ وغيرِها، إلاّ أنّ المُضارَبَةَ فاسدةٌ؛ لأنّها صارَتْ مُضافةً إلى ما لا تَصِحُّ المُضارَبَةُ به، وهو الحِنْطةُ والشَّعيرُ، وأمّا على أصلِهما فالبيعُ لا يجوزُ؛ لأنّ الوكيلَ بالبيعِ مُطْلَقًا لا يَمْلِكُ البيعَ بغيرِ الأثمانِ، ولا تفسُدُ المُضارَبَةُ؛ لأنّها لم تَصِرْ مُضافةً إلى ما لا يَصْلُحُ به رَأسُ مالِ المُضارَبَةِ.

وأمّا تِبْرُ الذّهبِ والفضّةِ فقد جعله في هذا الكِتابِ بمنزلةِ العُروضِ، وجعله في كِتابِ الصّرْفِ بمنزِلةِ الدَّراهم والدَّنانير، والأمرُ فيه موكولٌ إلى التّعامُلِ، فإنْ كان النّاسُ يَتَعامَلونَ به فهو بمنزِلةِ الدَّراهم والدَّنانير، فتَجوزُ المُضارَبَةُ به، وإنْ كانوا لا يَتَعامَلونَ به فهو كالعُروضِ فلا تَجوزُ المُضارَبَةُ به.

(وأمّا) الزُّيوفُ والنَّبَهْرَجة فتَجوزُ المُضارَبَةُ بها، ذَكَرَه محمّدٌ رحمه الله؛ لأنّها[3] تَتَعَيَّنُ بالعقدِ كالجيادِ.

(وأمّا) السَّتّوقةُ فإنْ كانت لا تُرَوّجُ فهي كالعُروضِ، وإنْ كانت تُرَوّجُ فهي كالفُلوسِ، وذَكَرَ ابنُ سِماعةَ عن أبي يوسفَ في الدَّراهمِ التِّجاريّةِ أنه لا يجوزُ المُضارَبَةُ بها؛ لأنّها كَسَدَتْ عندَهم وصارَتْ سِلْعةً، قال: ولو أَجَزْتُ المُضارَبَةَ بها، أجَزْتُها بمَكّةَ بالطَّعامِ؛ لأنّهم يَتَبايَعونَ بالحِنْطةِ كما يَتَبايَعُ غيرُهم بالفُلوسِ.

(وأمّا) الفُلوسُ فقد ذَكَرْنا الكَلامَ فيها في كِتابِ الشَّرِكةِ، فالحاصِلُ أنّ في جوازِ المُضارَبةِ بها رِوايَتَيْنِ عن أبي حنيفةَ، ذَكَرَ محمّدٌ في المُضارَبةِ الكَبيرةِ في الجامِعِ الصّغيرِ وقال: لا تَجوزُ المُضارَبَةُ إلاّ بالدَّراهم والدَّنانير عند أبي حنيفةَ، ورَوَى الحَسَنُ

(١) في المخطوط: «بل».
(٢) في المخطوط: «بيع».
(٣) زاد في المخطوط: «لا».

(عنه أنّها تَجوزُ) (١).

والصحيحُ من مذهَبِ ابي يوسفَ: أنّها لا تَجوزُ.

وعند محمّدٍ: تَجوزُ بناءً على أنّ الفُلوسَ لا تَتَعَيَّنُ بالتّعْيينِ عندَه، فكانت أثمانًا كالدَّراهم والدَّنانير.

وعند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ تَتَعَيَّنُ، فكانت كالعُروضِ والله أعلم.

-**(ومنها):** أنْ يكونَ مَعْلومًا فإنْ كان مجهولاً [٢/ ٢٦٠ب] لا تَصِحُّ المُضارَبةُ؛ لأنّ جَهالةَ رَأسِ المالِ تُؤَدّي إلى جَهالةِ الرِّبْحِ، وكَوْنُ الرِّبْحِ مَعْلومًا شرطَ صِحّةِ المُضارَبةِ.

-**(ومنها):** أنْ يكونَ رَأسُ المالِ (٢) عَيْنًا لا دَيْنًا، فإنْ كان دَيْنًا فالمُضارَبةُ فاسدةٌ، وعلى هذا يخرجُ ما إذا كان لِرَبِّ المالِ على رجلٍ دَيْنٌ، فقال له: اعمَلْ بدَيْني الذي في ذِمَّتِكَ مُضارَبةً بالنِّصْفِ، أنّ المُضارَبةَ فاسدةٌ بلا خلافٍ.

فإنِ اشترى هذا المُضارِبُ وباع، له رِبْحُه وعليه وضيعَتُه، والدَّيْنُ في ذِمَّتِه بحاله (٣) عند أبي حنيفةَ.

وعندَهما (٤) ما اشترى وباع لِرَبِّ المالِ، له رِبْحُه وعليه وضَيْعَتُه بناءً على أنّ مَنْ وكَّلَ رجلاً يَشتري له بالدَّيْنِ الذي في ذِمَّتِه لم يَصِحَّ عند أبي حنيفةَ، حتى لو اشترى لا يَبْرَأُ عمّا في ذِمَّتِه عندَه، وإذا لم يَصِحَّ الأمرُ بالشِّراءِ بما في الذِّمّةِ لم تَصِحَّ إضافةُ المُضارَبةِ إلى ما في الذِّمّةِ.

وعندَهما: يَصِحُّ التَّوْكيلُ، ولَكِنْ لا تَصِحُّ المُضارَبةُ؛ لأنّ الشِّراءَ يَقَعُ للموكِّلِ فتَصيرُ المُضارَبةُ بعدَ ذلك مُضارَبةً بالعُروضِ؛ لأنّه يَصيرُ في التّقْديرِ كأنّه وكَّلَه بشِراءِ العُروضِ، ثم دَفَعَه إليه مُضارَبةً فتَصيرُ مُضارَبةً بالعُروضِ فلا تَصِحُّ.

ولو قال لِرجلٍ: اقْبِضْ ما لي على فُلانٍ من الدَّيْنِ واعمَلْ به مُضارَبةً جازَ؛ لأنّ المُضارَبةَ هنا أُضيفَتْ إلى المقبوضِ، فكان رَأسُ المالِ عَيْنًا لا دَيْنًا، ولو أضافَ المُضارَبةَ إلى عَيْنٍ

---

(١) في المخطوط: «عن أبى حنيفة أنه يصح».

(٢) في المخطوط: «مال المضاربة». (٣) في المطبوع: «بحال».

(٤) في المخطوط: «وعند أبى يوسف ومحمد».

هي أمانةٌ في يَدِ المُضارِبِ من الدَّراهم والدَّنانير، بأنْ قال (للمودَعِ أو المُسْتَبْضَعِ) [١]: اعمَلْ بما في يَدكَ مُضارَبةً بالنِّصْفِ جازَ ذلك بلا خلافٍ وإنْ أضافَها إلى مضمونةٍ في يَدِه كالدَّراهِمِ والدَّنانيرِ المَغْصوبةِ، فقال للغاصِبِ: اعمَلْ بما في يَدِك مُضارَبةً بالنِّصْفِ جازَ ذلك عند أبي يوسفَ والحسَنِ بنِ زيادٍ.

وقال زُفَرُ: لا يجوزُ.

-(وجه) **قوله:** أنّ المُضارَبةَ تَقْتَضي كونَ المالِ أمانةً في يَدِ المُضارِبِ، والمَغْصوبُ مَغْصوبٌ في يَدِه، فلا يَتَحقَّقُ التّصرُّفُ للمُضارَبةِ، فلا يَصِحُّ، ولأبي يوسفَ أنّ ما في يَدِه مَضمونٌ إلى أنْ يَأخُذَ في العملِ، فإذا أخذ في العملِ وهو الشِّراءُ تَصيرُ أمانةً في يَدِه، فيَتَحقَّقُ معنى المُضارَبةِ فتَصِحُّ وسَواءٌ كان رَأسُ المالِ مَفْروزًا أو مُشاعًا، بأنْ دَفَعَ مالاً إلى رجلٍ، بعضُه مُضارَبةً وبعضُه غيرِ مُضارَبةٍ مُشاعًا في المالِ، فالمُضارَبةُ جائزةٌ؛ لأنّ الإشاعةَ لا تمنَعُ من التّصرُّفِ في المالِ، فإنّ المُضارِبَ يَتَمَكّنُ من التّصرُّفِ في المُشاعِ، وكذا الشَّرِكةُ لا تمنَعُ المُضارَبةَ، فإنّ المُضارِبَ إذا رَبِحَ يَصيرُ شريكًا في المالِ، ويجوزُ تَصَرُّفُه بعدَ ذلك على المُضارَبةِ فإذا لم يُمْنَعِ البَقاءَ لا يُمْنَعُ الابْتِداءَ.

وعلى هذا يخرجُ ما إذا دَفَعَ إلى رجلٍ ألفَ درهَمٍ، فقال: نصفُها عليكَ قَرْضٌ، ونصفُها مُضارَبةٌ إنّ ذلك جائزٌ.

أمّا جوازُ المُضارَبةِ فلِما قُلْنا، وأمّا جوازُ القَرْضِ في المُشاعِ وإنْ كان القَرْضُ تَبرُّعًا والمشاع يَمْنَعُ صِحّةَ التّبرُّعِ كالهبةِ فلأنّ القَرْضَ ليس بتَبرُّعٍ مُطْلَقٍ؛ لأنّه وإنْ كان في الحالِ تَبَرُّعًا؛ لأنّه لا يُقابِلُه عِوَضٌ للحالِ، فهو تمليكُ المالِ بعِوَضٍ في الثّاني.

ألا تَرَى أنّ الواجبَ فيه رَدُّ المثلِ لا رَدُّ العَيْنِ؟ فلم يَكُنْ تَبرُّعًا من كُلِّ وجهٍ، فلا يعملُ فيه الشُّيوعُ، بخلافِ الهبةِ فإنّها تَبرُّعٌ مَحْضٌ فعَمِلَ الشُّيوعُ فيها، وإذا جازَ القَرْضُ والمُضارَبةُ كان نصفُ الرِّبْحِ للمُضارِبِ؛ لأنّه رِبْحُ مَلكه وهو القَرْضُ، ووَضيعَتُه عليه، والنِّصْفُ الآخَرُ بينه وبين رَبِّ المالِ على ما شَرَطا؛ لأنّه رِبْحٌ مُسْتَفادٌ بمالِ المُضارَبةِ، ووَضيعَتُه على رَبِّ المالِ ولا تَجوزُ قسمةُ أحدِهما دونَ صاحبه؛ لأنّه مالٌ مُشترَكٌ بينهما، فلا يَنفَرِدُ أحدُ الشَّريكينِ بقسمَتِه [٢].

---

(١) في المخطوط: «المودع أو المبضع».

(٢) في المخطوط: «بالقسمة».

قالوا: ولو كان قال له: خُذْ هذِه الألفَ على أنّ نصفَها قَرْضٌ عليكَ على أنْ تَعْمَلَ بالنِّصْفِ الآخَرِ مُضارَبةً على أنّ الرِّبْحَ لي فهذا مَكْروهٌ؛ لأنّه شَرَطَ لِنفسِه مَنْفَعةً في مُقابَلةِ القَرْضِ، وقد نَهَى رَسُولُ الله ﷺ عن قَرْضٍ جَرَّ نَفْعًا [١] فإنْ عَمِلَ على هذا فربِحَ أو وُضِعَ فالرِّبْحُ بينهما نصفانِ، وكذا الوضيعةُ.

(أمّا) الرِّبْحُ فلأنّ المُضارِبَ مَلك نصفَ المالِ بالقَرْضِ، فكان نصفُ الرِّبْحِ له والنِّصْفُ الآخَرُ بضاعةً في يَدِه، فكان رِبْحُه لِرَبِّ المالِ.

(وأمّا) الوضيعةُ فلأنّها جُزْءٌ هالِكٌ من المالِ، والمالُ مُشترَكٌ، فكانت الوضيعةُ على قدرِه.

ولو قال: خُذْ هذِه الألفَ [على أنّ] [٢] نصفَها مُضارَبةٌ بالنِّصْفِ، ونصفَها هبةٌ، فقَبَضَها المُضارِبُ على ذلك غيرَ مقسومٍ، فالهبةُ فاسدةٌ؛ لأنّها هبةُ المُشاعِ فيما يحتملُ القسمةَ، فإنْ عَمِلَ في المالِ فربِحَ، كان نصفُ الرِّبْحِ للمُضارِبِ حِصّةَ الهبةِ، ونصفُ الرِّبْحِ بينهما على ما شَرَطا، والوضيعةُ عليهما.

أمّا نصفُ الرِّبْحِ للمُضارِبِ حِصّةُ الهبةِ، فلأنّه يُثْبِتُ المِلْكَ له فيه إذا قَبَضَ بعقدٍ فاسدٍ، فكان رِبْحُه له، وأمّا النِّصْفُ الآخَرُ فإنّما يكونُ رِبْحُه بينهما على الشّرطِ؛ لأنّه استُفيدَ بمالِ المُضارَبةِ مُضارَبةً صَحيحةً.

(وأمّا) كونُ الوضيعةِ عليهما، فلأنّها [٣] جُزْءٌ [٢/ ٢٦١أ] هالِكٌ من المالِ، والمالُ مُشترَكٌ، فإنْ هَلك المالُ في يَدِ المُضارِبِ قبلَ أنْ يعملَ أو بعدَما عَمِلَ، فهو ضامِنٌ لِنصفِ المالِ وهو الهبةُ؛ لأنّه مقبوضٌ بعقدٍ فاسدٍ، فكان مضمونًا عليه كالمقبوضِ ببيعٍ فاسدٍ، ولو كان دَفَعَ نصفَ المالِ بضاعةً ونصفَه مُضارَبةً، فقَبَضَه المُضارِبُ على ذلك، فهو جائزٌ، والمالُ على ما سَمَّيا من المُضارَبةِ، والبِضاعةُ والوضيعةُ على رَبِّ المالِ، ونصفُ الرِّبْحِ لِرَبِّ المالِ ونصفُه على ما شَرَطا؛ لأنّ الإشاعةَ لا تمنَعُ من العملِ في المالِ مُضارَبةً وبِضاعةً، وجازَتِ المُضارَبةُ والبِضاعةُ، وإنّما كانت الوضيعةُ على رَبِّ المالِ؛ لأنّه لا

(١) ضعيف: أورده الديلمي في مسند الفردوس (٣/ ٢٦٢)، برقم (٤٧٧٨)، والمناوي في فيض القدير (٥/ ٢٨) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه، انظر ضعيف الجامع الصغير للألباني، رقم (٤٢٤٤).

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «فلأنه».

ضَمانَ على المُبْضِعِ والمُضارِبِ في البِضاعةِ، والمُضارَبةُ وحِصّةُ البِضاعةِ من الرِّبْحِ لِرَبِّ المالِ خاصّةً؛ لأنّ المُبْضِعَ لا يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ، وحِصّةُ المُضارَبةِ بينهما على ما شَرَطا؛ لأنّه رِبْحٌ حَصَلَ من مالِ المُضارَبةِ، والمُضارَبةُ قد صَحَّتْ، فيكونُ بينهما على الشّرطِ.

ولو دَفَعَ إليه على أنّ نصفَها وديعةٌ في يَدِ المُضارِبِ ونصفَها مُضارَبةٌ بالنِّصْفِ، فذلك جائزٌ، والمالُ في يَدِ المُضارِبِ على ما سَمَّيا؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما أعني الوديعةَ والمُضارَبةَ أمانةٌ، فلا يَتَنافَيانِ، فكان نصفُ المالِ في يَدِ المُضارِبِ وديعةً، ونصفُه مُضارَبةً إلاّ أنّ التّصَرُّفَ لا يجوزُ إلاّ بعدَ القسمةِ؛ لأنّ كُلَّ جُزْءٍ من المالِ بعضُه مُضارَبةٌ وبعضُه وديعةٌ، والتّصَرُّفُ في الوديعةِ لا يجوزُ.

فإنْ قَسَمَ المُضارِبُ المالَ نصفَيْنِ، ثم عَمِلَ بأحدِ النِّصْفَيْنِ على المُضارَبةِ، فرَبِحَ أو وُضِعَ، فالوضيعةُ عليه وعلى رَبِّ المالِ نصفانِ [١]، ونصفُ الرِّبْحِ للمُضارِبِ ونصفُه على ما شَرَطا [٢]؛ لأنّ قسمةَ المُضارِبِ المالَ [٣] لم تَصِحَّ؛ لأنّ المالِكَ لم يَأْذَنْ له فيها، فإذا أُفْرِزَ بعضُه فقد تَصَرَّفَ في مالِ الوديعةِ ومالِ المُضارَبةِ، فما كان في حِصّةِ الوديعةِ فهو غَصْبٌ فيكونُ رِبْحُه للغاصِبِ، وما كان في حِصّةِ المُضارَبةِ فهو على الشّرطِ.

ومن هذا الجنسِ ما إذا دَفَعَ إلى رجلٍ مَتاعًا، فباع نصفَه من المَدْفوعِ إليه بخمسِمِائةٍ، ثم أمَرَه أنْ يَبيعَ النِّصْفَ الباقي ويعملَ بالثّمَنِ كُلِّه مُضارَبةً، على أنّ ما رَزَقَ الله تعالى من شيءٍ فهو بيننا نصفانِ، فباع المُضارِبُ نصفَ المَتاعِ بخمسِمِائةٍ، ثم عَمِلَ بها وبالخمْسِمِائةِ التي عليه، فرَبِحَ في ذلك أو وُضِعَ فالوضيعةُ عليهما نصفانِ، والرِّبْحُ بينهما نصفانِ في قياس قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله؛ لأنّ من [٤] مذهَبه أنّ مَنْ كان له على رجلٍ دَيْنٌ فأمَرَه أنْ يَشتريَ له بذلك الدَّيْنِ شيئًا لا يَصِحُّ، والمُشترَى يكونُ للمَأمورِ لا للآمِرِ، ويكونُ الدَّيْنُ على المَأمورِ على حاله.

وإذا كان كذلك فهٰهنا أمره [٥] أنْ يعملَ بالدَّيْنِ وبنصفِ ثَمَنِ المتاع، فما رَبِحَ في حِصّةِ الدَّيْنِ فهو للمَدْفوعِ إليه؛ لأنّه تَصَرَّفَ في مِلْكِ نفسِه فيكونُ رِبْحُه له، وما رَبِحَ في نَصيبِ الدّافعِ فهو لِلدّافعِ، والوضيعةُ عليهما؛ لأنّ المالَ مُشترَكٌ بينهما فكان الهالِكُ بينهما.

---

(١) في المخطوط: «نصفين».
(٢) في المخطوط: «اشترطا».
(٣) في المخطوط: «هناك».
(٤) في المخطوط: «هذا».
(٥) في المطبوع: «أمر».

(وأمّا) في قياس قولِ أبي يوسفَ ومحمّدٍ فمقدارُ ما رَبِحَ في الخمْسِمائةِ التي أمَرَه أنْ يَبيعَ نصفَ المَتاعِ بها فهو بينهما نصفانِ على ما شَرَطا، وما رَبِحَ في النِّصْفِ الذي عليه من الدَّيْنِ يكونُ لِرَبِّ المالِ؛ لأنّ من أصلِهما أنّ الأمرَ بالشِّراءِ بالدَّيْنِ يَصِحُّ، وتكونُ المُضارَبةُ فاسدةً؛ لأنّه إذا اشترى صارَ عُروضًا، والمُضارَبةُ بالعُروضِ لا تَصِحُّ، فصارَتِ المُضارَبةُ هنا جائزةً في النِّصْفِ فاسدةً في النِّصْفِ، فالرِّبْحُ في الصّحيحةِ يكونُ بينهما على الشّرطِ، وفي الفاسدةِ [1] يكونُ لِرَبِّ المالِ.

ولو شَرَطَ الدّافعُ لِنفسِه الثُّلُثَ وللمُضارِبِ الثُّلُثَيْنِ، والمسألةُ بحالِها، فإنّ في قولِ أبي حنيفةَ: ثُلُثا الرِّبْحِ للمُضارِبِ على ما اشترطا، نصفُ الرِّبْحِ من نَصيبِ المُضارِبِ خاصّةً، والسُّدُسُ من نَصيبِ الدّافعِ، كأنّه قال له: اعمَلْ في نَصيبِكَ على أنّ الرِّبْحَ لك، واعمَلْ في نَصيبي على أنّ لك ثُلُثَ الرِّبْحِ من نَصيبي.

(وأمّا) على قياس قولِهما فقد دَفَعَ إليه نصفَه مُضارَبةً جائزةً، ونصفَه مُضارَبةً فاسدةً، فما رَبِحَ في النِّصْفِ الذي كان دَيْنًا فهو لِرَبِّ المالِ؛ لأنّه مُضارَبةٌ فاسدةٌ، وما رَبِحَ في النِّصْفِ الذي هو ثَمَنُ المَتاعِ فالرِّبْحُ بينهما على ما شَرَطا. فصارَ لِرَبِّ المالِ ثُلُثا الرِّبْحِ، وللمُضارِبِ الثُّلُث.

وإنْ [2] كان شَرَطَ لِرَبِّ المالِ ثُلُثَي الرِّبْحِ، وللمُضارِبِ الثُّلُثُ، فالرِّبْحُ بينهما نصفانِ في قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ رَبَّ المالِ شَرَطَ النِّصْفَ من نَصيبِ نفسِه، والزِّيادةَ من نَصيبِ المُضارِبِ وشرطُ الزّيادةِ من [غيرِ] [3] عملٍ ولا رَأسِ مالٍ باطِلٌ، فيكونُ الرِّبْحُ على قدرِ المالِ.

وفي قياس قولِهما: نصفُ الرِّبْحِ لِرَبِّ المالِ خاصّةً؛ لأنّ المُضارَبةَ فيه فاسدةٌ، وللمُضارِبِ ثُلُثُ رِبْحِ النِّصْفِ الآخَرِ والله أعلم.

-**(ومنها)**: تسليمُ رَأسِ المالِ إلى المُضارِبِ؛ لأنّه أمانةٌ فلا يَصِحُّ إلاّ بالتّسْليمِ، وهو التّخْليةُ كالوديعةِ، ولا يَصِحُّ مع بَقاءِ يَدِ الدّافعِ على [٢/ ٢٦١ب] المالِ؛ لِعَدَمِ التّسْليمِ مع بَقاءِ يَدِه، حتى لو شَرَطَ بَقاءَ يَدِ المالِكِ على المالِ فسَدَتِ المُضارَبةُ؛ لِما قُلْنا.

---

(١) في المخطوط: «الفاسد».

(٢) في المخطوط: «ولو».

(٣) ليست في المخطوط.

فرْقٌ بين هذا وبين الشَّركةِ، (فإنّها تَصِحُّ) [١] مع بَقاءِ يَدِ رَبِّ المالِ على مالِه، والفرْقُ أنّ المُضارَبةَ انعَقَدَتْ على رَأسِ مالٍ من أحدِ الجانِبَيْنِ، وعلى العملِ من الجانِبِ الآخَرِ، ولا [٢] يَتَحقَّقُ العملُ إلاّ بعدَ خُروجِه من يَدِ رَبِّ المالِ، فكان هذا شرطًا موافِقًا مُقْتَضى العقدِ بخلافِ الشَّركةِ؛ لأنّها انعَقَدَتْ على العملِ من الجانِبَيْنِ، فشرطُ زَوالِ يَدِ رَبِّ المالِ عن المالِ [٣] يُناقِضُ مُقْتَضى العقدِ، وكذا لو شَرَطَ في المُضارَبةِ عملَ رَبِّ المالِ، فسَدَتِ المُضارَبةُ سَواءٌ عَمِلَ رَبُّ المالِ معه أو لم يعملْ؛ لأنّ شرطَ عملِه معه شرطُ بَقاءِ يَدِه على المالِ، وإنّه شرطٌ فاسدٌ.

ولو [٤] سَلَّمَ رَأسَ المالِ إلى رَبِّ المالِ ولم يَشترِطْ عملَه، ثم استَعانَ به على [٥] العملِ أو دَفَعَ إليه المالَ بضاعةً جازَ؛ لأنّ الاستِعانةَ به لا توجِبُ خُروجَ المالِ عن يَدِه، وسَواءٌ كان المالِكُ عاقِدًا أو غيرَ عاقِدٍ لا بُدَّ من زَوالِ يَدِ رَبِّ المالِ عن مالِه؛ لِتَصِحَّ المُضارَبةُ، حتى إنّ الأبَ أو الوصيَّ إذا دَفَعَ مالَ الصّغيرِ [٦] مُضارَبةً، وشَرَطَ عملَ الصّغيرِ لم تَصِحَّ المُضارَبةُ؛ لأنّ يَدَ الصّغيرِ باقيةٌ لِبَقاءِ مِلْكِه فتمنَعُ [٧] التّسْليمَ، وكذلك أحدُ شريكي المُفاوَضةِ، أو العِنانِ إذا دَفَعَ مالاً مُضارَبةً، وشَرَطَ عملَ شريكِه مع المُضارِبِ؛ لأنّ لِشريكِه فيه مِلْكًا فيُمْنَعُ التّسْليمُ.

(فأمّا) العاقِدُ إذا لم يَكُنْ مالِكًا للمالِ فشَرَطَ أنْ يَتَصَرَّفَ في المالِ مع المُضارِبِ، فإنْ كان مِمَّنْ يجوزُ أنْ يَأخُذَ مالَ المالِكِ مُضارَبةً لم تفسُدِ المُضارَبةُ، كالأبِ والوصيِّ إذا دَفَعا مالَ الصّغيرِ مُضارَبةً، وشَرَطا أنْ يعملا مع المُضارِبِ بجُزْءٍ من الرِّبْحِ؛ لأنّهما لو أخَذا مالَ الصّغيرِ مُضارَبةً بأنْفُسِهما جازَ، فكذا إذا شَرَطا عملَهما مع المُضارِبِ وصارَ كالأجنبيِّ.

وإنْ كان العاقِدُ مِمَّنْ لا يجوزُ أنْ يَأخُذَ مالَ المالِكِ مُضارَبةً، فشَرَطَ عملَه، فسَدَ [٨] العقدُ، كالمَأذونِ إذا دَفَعَ مالاً مُضارَبةً وشَرَطَ عملَه مع المُضارِبِ؛ لأنّ المَأذونَ وإنْ لم يَكُنْ مالِكًا رَقَبةَ المالِ فيَدُ التّصَرُّفِ ثابِتةٌ له عليه، فيَنْزِلُ مَنْزِلةَ المالِكِ فيما يرجِعُ إلى التّصَرُّفِ، فكان قيامُ يَدِه مانِعًا من التّسْليمِ والقبضِ، فيَمْنَعُ صِحّةَ المُضارَبةِ.

---

(١) في المخطوط: «فإنه يصح».
(٢) في المخطوط: «فلا».
(٣) في المطبوع: «العمل».
(٤) في المخطوط: «وإن».
(٥) في المخطوط: «في».
(٦) في المخطوط: «الصبى».
(٧) في المخطوط: «فيمنع».
(٨) في المخطوط: «يفسد».

وإنْ شَرَطَ المَأذونُ عملَ مولاه مع المُضارِبِ ولا دَيْنَ عليه فالمُضارَبةُ فاسدةٌ؛ لأنّ المولى هو المالِكُ للمالِ حَقيقةً، فإذا حَصَلَ المالُ في يَدِه فقد وجَدَ يَدَ المالِكِ فيَمْنَعُ التّسْليمَ، وإنْ [١] كان عليه دَيْنٌ فالمُضارَبةُ جائزةٌ في قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله؛ لأنّ المولى لا يَمْلِكُ (هذا المالِ) [٢] فصارَ كالأجنَبيِّ.

وأمّا [٣] المُكاتَبُ إذا شَرَطَ عملَ مولاه لم تفسُدِ المُضارَبةُ؛ لأنّ المولى لا يَمْلِكُ إكْسابَ مُكاتَبه، وهو فيها كالأجنَبيِّ.

ولو دَفَعَ إلى إنسانٍ مالاً مُضارَبةً وأمَرَه أنْ يعملَ برَأيِه، ودَفَعَه المُضارِبُ الأوّلُ إلى آخَرَ مُضارَبةً على أنْ يعملَ المُضارِبُ معه أو يعملَ معه رَبُّ المالِ، فالمُضارَبةُ فاسدةٌ؛ لأنّ اليَدَ للمُضارِبِ والمِلْكَ للمولَى، وكُلُّ ذلك يَمْنَعُ من التّسْليمِ.

وقد قالوا في المضارِبِ: إذا دَفَعَ المالَ إلى رَبِّ المالِ مُضارَبةً بالثُّلُثِ فالمُضارَبةُ الثّانيةُ فاسدةٌ، والمُضارَبةُ الأولى على حالِها جائزةٌ، والرِّبْحُ بين رَبِّ المالِ وبين المُضارِبِ على ما شَرَطا في المُضارَبةِ الأولى، ولا أجرَ لِرَبِّ المالِ.

وأمّا فسادُ المُضارَبةِ الثّانيةِ فلأنّ يَدَ رَبِّ المالِ يَدُ مِلْكٍ، ويَدُ المِلْكِ [٤] مع يَدِ المُضارِبِ لا يجْتَمِعانِ، فلا تَصِحُّ المُضارَبةُ الثّانيةُ، وبَقيَتِ المُضارَبةُ الأولى على حالِها، ولم يَذْكُرِ القُدوريُّ رحمه الله في شرحِه مُخْتَصَرَ الكَرْخي خلافًا، وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطَّحاويِّ: أنّ هذا مذهَبُ أصحابِنا الثّلاثةِ.

وعند زُفَرَ رحمه الله تَنْفَسِخُ المُضارَبةُ الأولى بدَفْعِ المالِ إلى رَبِّ المالِ والرَّدِّ عليه.

وجه قولِه أنّ زَوالَ يَدِ رَبِّ المالِ شرطُ صِحّةِ المُضارَبةِ، فكانت إعادةُ يَدِه إليه مُفْسِدةً لها.

ولَنا أنّ رَبَّ المالِ يَصيرُ مُعينًا للمُضارِبِ، والإعانةُ لا توجِبُ إخْراجَ المالِ عن يَدِه، فيَبْقَى العقدُ الأوّلُ، ولا أجرَ لِرَبِّ المالِ؛ لأنّه عَمِلَ في مِلْكِ نفسِه، فلا يَسْتَحِقُّ الأجرَ وأمّا الذي يرجعُ إلى الرِّبْحِ [فأنواعٌ] [٥]:

---

(١) في المخطوط: «فإن».

(٢) في المخطوط: «يد المالك».

(٣) في المخطوط: «فأما».

(٤) في المخطوط: «المالك».

(٥) ليست في المخطوط.

منها: إعلامُ مقدارِ الرِّبْحِ ؛ لأنّ المَعْقودَ عليه هو الرِّبْحُ ، وجَهالةُ المَعْقودِ عليه توجِبُ فسادَ العقدِ .

ولو دَفَعَ إليه ألفَ درهَمٍ عن أنّهما يَشترِكانِ [١] في الرِّبْحِ ولم يُبَيِّنْ مقدارَ الرِّبْحِ جازَ ذلك ، والرِّبْحُ بينهما نصفانِ ؛ لأنّ الشَّرِكةَ تَقْتَضي المُساواةَ قال الله تعالى عَزَّ شَأنُه : ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ ولو قال : على أنّ للمُضارِبِ شِرْكًا في الرِّبْحِ جازَ ذلك في قولِ أبي يوسفَ ، والرِّبْحُ بينهما نصفانِ .

وقال محمدٌ: المُضارَبةُ فاسدةٌ .

وجه قولِ محمدٍ: أنّ الشَّرِكةَ هي النّصيبُ ، قال الله تعالى : ﴿أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ﴾ [فاطر :٤٠] أي نَصيبٌ ، وقال تعالى : ﴿وَمَا لَهُمْ فِيهِمَا مِن شِرْكٍ﴾ [سبا :٢٢] أي نَصيبٍ فقد جعل له نَصيبًا من الرِّبْحِ ، والنّصيبُ مجهولٌ فصارَ الرِّبْحُ [٢/ ٢٦٢أ] مجهولاً .

-(وجه) **قولِ أبي يوسفَ:** أنّ الشِّرْكَ [٢] بمعنى الشَّرِكةِ ، يُقالُ : شَرَكْتُه في هذا الأمرِ أشرَكُه شِرْكةً وشِرْكًا [قال القائلُ :

وَشارَكْنا قُرَيْشًا في تُقاها ... وَفي أحسابِها شِرْكَ العِنانِ] [٣]

وَيُذْكَرُ بمعنى النّصيبِ [٤] أيضًا ، لَكِنْ في الحمْلِ على الشَّرِكةِ تَصْحيحٌ للعقدِ [٥] فيُحْمَلُ عليها [٦] تصحيحا .

ومنها: أنْ يكونَ المشروطُ [لِكُلِّ واحدٍ منهما - من المُضارِبِ ورَبِّ المالِ] [٧] - من الرِّبْحِ جُزْءًا شائعًا ، نصفًا أو ثُلُثًا أو رُبْعًا ، فإنْ شَرَطا عَدَدًا مُقَدَّرًا بأنْ شَرَطا أنْ يكونَ لأحدِهما مِائةُ درهَمٍ من الرِّبْحِ أو أقَلُّ أو أكثرُ والباقي للآخَرِ لا يجوزُ ، والمُضارَبةُ فاسدةٌ ؛ لأنّ المُضارَبةَ نوعٌ من الشَّرِكةِ ، وهي الشَّرِكةُ في الرِّبْحِ ، وهذا شرطٌ يوجِبُ قَطْعَ الشَّرِكةِ في الرِّبْحِ ؛ لِجوازِ أنْ لا يَرْبَحَ المُضارِبُ إلاّ هذا القدرَ المذكورَ ، فيكونُ ذلك لأحدِهما دونَ الآخَرِ ، فلا تَتَحَقَّقُ الشَّرِكةُ ، فلا يكونُ التّصَرُّفُ مُضارَبةً .

وكذلك إنْ شَرَطا أنْ يكونَ لأحدِهما النِّصْفُ أو الثُّلُثُ ومِائةُ درهَمٍ ، أو قالا [٨] : إلاّ

---

(١) في المخطوط : «شريكان» .
(٢) في المطبوع : «يذكر» .
(٣) ليست في المخطوط .
(٤) في المخطوط : «الشركة لنصيب» .
(٥) في المخطوط : «العقد» .
(٦) في المخطوط : «عليه» .
(٧) ليست في المخطوط .
(٨) في المخطوط : «قال» .

مِائةَ درهَم فإنّه لا يجوزُ كلما [١] ذَكَرْنا أنّه شرطٌ يَقْطَعُ الشَّرِكةَ في الرِّبْح؛ لأنّه إذا شَرَطا [٢] لأحدِهما النِّصْفَ [ومِائةً، فمن الجائزِ أنْ يكونَ الرِّبْحُ مِائتَيْنِ، فيكونَ كُلُّ الرِّبْحِ للمشروطِ له، وإذا شَرَطا له النِّصْفَ] [٣] إلاّ مِائةً، فمن الجائزِ أنْ يكونَ نصفُ الرِّبْحِ مِائةً، فلا يكونُ له شيءٌ من الرِّبْحِ.

ولو شَرَطا في العقدِ أنْ تكونَ الوضيعةُ عليهما بَطَلَ الشّرطُ، والمُضارَبةُ صَحيحةٌ والأصلُ في الشّرطِ الفاسدِ إذا دَخَلَ في هذا العقدِ أنّه يَنْظُرُ إنْ كان يُؤَدّي إلى جَهالةِ الرِّبْحِ يوجِبُ فسادَ العقدِ؛ لأنّ الرِّبْحَ هو المَعْقودُ عليه، وجَهالةُ المَعْقودِ عليه توجِبُ فسادَ العقدِ، وإنْ كان لا يُؤَدّي إلى جَهالةِ الرِّبْحِ يَبْطُلُ الشّرطُ وتَصِحُّ المُضارَبةُ وشرطُ الوضيعةِ عليهما شرطٌ فاسدٌ؛ لأنّ الوضيعةَ جُزْءٌ هالِكٌ من المالِ، فلا يكونُ إلاّ على رَبِّ المالِ، لا [٤] أنّه يُؤَدّي إلى جَهالةِ الرِّبْحِ، فلا يُؤَثِّرُ في العقدِ فلا يَفْسُدُ به العقدُ، ولأنّ هذا عقدٌ تَقِفُ صِحَّتُه على القبضِ، فلا يُفْسِدُه الشّرطُ الزّائدُ الذي لا يرجعُ إلى المَعْقودِ عليه كالهبةِ والرَّهْنِ، ولأنّها وكالةٌ (والشّرطُ الفاسدُ لا يعملُ) [٥] في الوكالةِ.

وذَكَرَ محمّدٌ رحمه الله في المُضارَبةِ إذا قال رَبُّ المالِ للمُضارِبِ: لك ثُلُثُ الرِّبْحِ وعَشَرةُ دراهمَ في كُلِّ شَهْرٍ ما عَمِلْتَ في المُضارَبةِ صَحَّتِ المُضارَبةُ في [٦] الثُّلُثِ، وبَطَلَ الشّرطُ، وذَكَرَ في المُزارَعةِ: إذا دَفَعَ إليه أرضَه بثُلُثِ الخارجِ، وجعل له عَشَرةَ دراهمَ في كُلِّ شَهْرٍ، فالمُزارَعةُ باطِلةٌ.

من أصحابِنا مَنْ قال: في المسألةِ رِوايَتانِ، رِوايةُ كِتابِ المُزارَعةِ تَقْتَضي فسادَ المُضارَبةِ؛ لأنّ المشروطَ للمُضارِبِ من المُشاهَرةِ مَعْقودٌ عليه، وهو قَطَعَ عنه الشَّرِكةَ، وهذا يُفْسِدُ المُضارَبةَ.

وفي رِوايةِ كِتابِ المُضارَبةِ يَقْتَضي أنْ تَصِحَّ المُضارَبةُ؛ لأنّه عقدٌ على رِبْحٍ مَعْلومٍ، ثم ألحَقَ به شرطًا فاسدًا، فيَبْطُلُ الشّرطُ وتَصِحُّ المُضارَبةُ والصّحيحُ هو الفرْقُ بين المسألَتَيْنِ؛ لأنّ معنى الإجارةِ في المُزارَعةِ أظْهَرُ منه في المُضارَبةِ، بدَليلِ أنّها لا تَصِحُّ إلاّ

---

(١) في المخطوط: «لما».
(٢) في المطبوع: «كما».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «إلا».
(٥) في المخطوط: «والشروط الفاسدة لا تعمل».
(٦) في المطبوع: «من».

بِمُدّةٍ مَعْلومةٍ، والمُضارَبةُ لا تفتَقِرُ [١] صِحّتُها إلى ذِكْرِ المُدّةِ، فالشّرطُ الفاسدُ جازَ أنْ يُؤَثّرَ في المُزارَعةِ ولا يُؤَثّرُ في المُضارَبةِ.

وعلى هذا الأصلِ، قال محمّدٌ فيمَنْ دَفَعَ ألفًا مُضارَبةً على أنّ الرِّبْحَ بينهما نصفَيْنِ، على أنْ يَدْفَعَ إليه رَبُّ المالِ أرضَه ليَزْرَعَها سَنةً أو دارًا ليَسْكُنَها سَنةً، فالشّرطُ باطِلٌ والمُضارَبةُ صَحيحةٌ؛ لأنّه ألحَقَ بها شرطًا فاسدًا لا تَقْتَضيه [٢]، فبَطَلَ الشّرطُ.

ولو كان المُضارِبُ هو الذي شَرَطَ عليه أنْ يَدْفَعَ أرضَه ليَزْرَعَها رَبُّ المالِ سَنةً، أو يَدْفَعَ دارَهُ إلى رَبِّ المالِ؛ ليَسْكُنَها سَنةً، فسَدَتِ المُضارَبةُ؛ لأنّه جعل نصفَ الرِّبْحِ عِوَضًا عن عملِه وعن أُجْرةِ الدّارِ والأرضِ، فصارَتْ حِصّةُ العملِ مجهولةً بالعقدِ فلم يَصِحَّ العقدُ.

ورَوَى المُعَلّى عن أبي يوسفَ في رجلٍ دَفَعَ مالاً إلى رجلٍ مُضارَبةً، على أنْ يَبيعَ في دارِ رَبِّ المالِ أو على أنْ يَبيعَ في دارِ المُضارِبِ، كان جائزًا.

(ولو شَرَطا) [٣] أنْ يَسْكُنَ المُضارِبُ دارَ رَبِّ المالِ، أو رَبُّ المالِ دارَ المُضارِبِ، فهذا لا يجوزُ؛ لأنّه إذا شَرَطَ البيعَ في أحدِ الدّارَيْنِ فإنّما خُصَّ البيعُ بمَكانٍ دونَ مَكان، ولم يُعْقد على مَنافعِ الدّارِ، وإذا شَرَطَ للمُضارِبِ السُّكْنَى فقد جعل تلك المَنْفَعةَ أُجْرةً له وأطْلَقَ أبو يوسفَ أنّه لا يجوزُ، ولم يَذْكُرْ أنّه لا يجوزُ الشّرطُ أو لا تَجوزُ المُضارَبةُ.

وذَكَرَ القُدوريُّ رحمه الله أنّه يَنْبَغي أنْ يكونَ الفسادُ في الشّرطِ لا في المُضارَبةِ.

ولو شَرَطَ جميعَ الرِّبْحِ للمُضارِبِ فهو قَرْضٌ عند أصحابِنا [٤] وعند الشّافعيِّ رحمه الله هي مُضارَبةٌ فاسدةٌ، وله (أُجْرةُ مثلِ ما) [٥] إذا عَمِلَ [٦]، وجه قولِه أنّ المُضارَبةَ عقدُ شَرِكةٍ في الرِّبْحِ، فشرطُ قَطْعِ الشّرِكةِ فيها يكونُ شرطًا فاسدًا.

ولَنا أنّه إذا لم يُمْكِنْ تَصْحيحُها مُضارَبةً تُصَحَّحُ قَرْضًا؛ لأنّه أتَى بمعنى القَرْضِ،

---

(١) في المخطوط: «تفتقر في».

(٢) في المخطوط: «يقتضيه».

(٣) في المخطوط: «لكن إن شرط».

(٤) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٢٢/ ٢٤).

(٥) في المخطوط: «أجر مثله».

(٦) وفي بيان مذهب الشافعية: أن هذه مضاربة فاسدة وله أجر مثله، والنقصان والزيادة لصاحب المال في حالة إذا شرط جميع الربح للمضارب، انظر: المزني (ص ١٢٢).

والعِبْرةُ في العُقودِ لِمَعانيها، وعلى هذا إذا شَرَطَ جميعَ الرِّبْحِ لِرَبِّ المالِ، فهو إبضاعٌ عندَنا؛ لِوُجودِ معنى الإبْضاعِ.

فصل [في بيان أحكام المضاربة]

[٢/ ٢٦٢ب] وَأمّا بيانُ حُكْمِ المُضارَبةِ، فالمُضارَبةُ لا تَخْلو إمّا (١) أنْ تكونَ صَحيحةً أو فاسدةً، ولِكُلٍّ واحدة (٢) منهما أحْكامٌ.

أمّا أحْكامُ الصحيحةِ: فكَثيرةٌ، بعضُها يرجعُ إلى حالِ المُضارِبِ في عقدِ المُضارَبةِ، وبعضُها يرجعُ إلى عملِ المُضارِبِ، ورب العمل ما (٣) لِكُلٍّ واحدٍ منهما أنْ يعملَه وما ليس له أنْ يعملَه، وبعضُها يرجعُ إلى ما يَسْتَحِقُّه المُضارِبُ بالعملِ [وما يَسْتَحِقُّه رَبُّ المالِ بالمالِ] (٤).

(أمّا) الذي يرجعُ إلى حالِ المُضارِبِ في عقدِ المُضارَبةِ فهو أنّ رَأسَ المالِ قبلَ أنْ يَشتريَ (المُضارِبُ به) (٥) شيئًا أمانةٌ في يَدِه (٦) بمنزِلةِ الوديعةِ؛ لأنّه قَبَضَه بإذنِ المالِكِ لا على وجه البَدَلِ والوثيقةِ، فإذا اشترى به شيئًا صارَ بمنزِلةِ الوكيلِ بالشِّراءِ والبيعِ؛ لأنّه تَصَرَّفَ في مالِ الغيرِ بأمرِه، وهو معنى الوكيلِ فيكونُ شِراؤُه على المَعْروفِ، وهو أنْ يكونَ بمثلِ قيمَتِه أو بما يَتَغابَنُ النّاسُ في مثلِه، كالوكيلِ بالشِّراءِ وبيعِه على الاختِلافِ المَعْروفِ في الوكيلِ بالبيعِ مُطْلَقًا (٧)، ولو اشترى شِراءً فاسدًا يَمْلِكُ إذا قَبَضَ لا يكونُ مُخالفًا ويكونُ الشِّراءُ (٨) على المُضارَبةِ، وكذا إذا باع شيئًا من مالِ المُضارَبةِ بيعًا فاسدًا لا يَصيرُ مُخالفًا ولا يَضْمَنُ؛ لأنّ المُضارَبةَ تَوْكيلٌ، والوكيلُ بالشِّراءِ والبيعِ مُطْلَقًا يَمْلِكُ الصّحيحَ والفاسدَ، فلا يَصيرُ مُخالفًا، فإذا ظَهَرَ في المالِ رِبْحٌ صارَ شريكًا فيه بقدرِ حِصَّتِه من الرِّبْحِ؛ لأنّه مَلك جُزْءًا من المالِ المشروطِ بعملِه، والباقي لِرَبِّ المالِ؛ لأنّه نَماءُ مالِه، فإذا فسَدَتْ بوجهٍ من الوُجوه صارَ بمنزِلةِ الأجيرِ لِرَبِّ المالِ، فإذا خالَفَ شرطَ رَبِّ المالِ صارَ بمنزِلةِ الغاصِبِ، ويَصيرُ المالُ مضمونًا عليه، ويكونُ رِبْحُ المالِ كُلُّه بعدَما

---

(١) في المخطوط: «من».
(٢) في المطبوع: «واحد».
(٣) في المخطوط: «ورب المال مما».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «للمضاربة منه».
(٦) في المخطوط: «يد المضارب».
(٧) في المطبوع: «مطلق».
(٨) في المخطوط: «المشترى».

صارَ مضمونًا عليه له؛ لأنّ الرِّبْحَ [١] بالضَّمانِ لَكِنّه [٢] لا يَطيبُ له في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ رحمهما الله.

وعند أبي يوسف رحمه الله: يَطيبُ له وهو على اختِلافِهم في الغاصِبِ والمودَعِ إذا تَصَرَّفا في المَغْصوبِ والوديعةِ ورَبِحا.

ولو أرادَ رَبُّ المالِ أنْ يجْعَلَ المالَ مضمونًا على المُضارِبِ، فالحيلةُ في ذلك أنْ يُقْرِضَ المالَ من المُضارِبِ ويُشْهِدَ عليه [٣] ويُسَلِّمَه إليه، ثم يَأخُذَ [٤] منه مُضارَبةً بالنِّصْفِ أو بالثُّلُثِ، ثم يَدْفَعَه [٥] إلى المُسْتَقْرِضِ فيَسْتَعينَ به في العملِ، حتى لو هَلكَ في يَدِه كان القَرْضُ عليه، وإذا لم يَهْلِكْ ورَبِحَ يكونُ الرِّبْحُ بينهما على الشّرطِ.

وحيلةٌ أُخرى أنْ يُقْرِضَ رَبُّ المالِ جميعَ المالِ من المُضارِبِ إلاّ درهَمًا واحدًا، ويُسَلِّمَه إليه ويُشْهِدَ على ذلك، ثم إنّهما يَشترِكانِ في ذلك شَرِكةَ عِنانٍ على أنْ يكونَ رَأسُ مالِ المُقْرِضِ درهَمًا ورَأسُ مالِ المُسْتَقْرِضِ جميعَ ما استَقْرَضَ على أنْ يعملا جميعًا وشَرَطا [٦] أنْ يكونَ الرِّبْحُ بينهما ثم بعدَ ذلك يعملُ المُسْتَقْرِضُ خاصّةً في المالِ، فإنْ هَلكَ المالُ في يَدِه كان القَرْضُ على حالِه، ولو رَبِحَ كان الرِّبْحُ بينهما على الشّرطِ.

(وأمّا) الذي يرجعُ إلى عملِ المُضارِبِ مِمّا له أنْ يعملَه بعقد المضاربة [٧]، وما ليس له أنْ يعملَ به فجُمْلةُ الكَلامِ فيه أنّ المُضارَبةَ نوعانِ: مُطْلَقةٌ ومُقَيَّدةٌ.

فالمُطْلَقةُ: أنْ يَدْفَعَ المالَ مُضارَبةً من غيرِ تَعْيينِ العملِ والمَكانِ والزَّمانِ وصِفةِ العملِ ومَنْ يُعامِلُه، والمُقَيَّدةُ: أنْ يُعَيِّنَ شيئًا من ذلك.

وتَصَرُّفُ المُضارِبِ في كُلِّ واحدٍ من النَّوْعَيْنِ يَنْقَسِمُ أربَعةَ أقسام: قسمٌ منه ما للمُضارِبِ أنْ يعملَه من غيرِ الحاجةِ إلى التّنْصيصِ عليه، ولا إلى قولِ [٨]: اعمَلْ برَأيِكَ فيه وقسمٌ منه ما ليس له أنْ يعملَ ولو قيلَ له: اعمَلْ فيه برَأيِكَ إلاّ بالتّنْصيصِ عليه، وقسمٌ منه [ما له أنْ يعملَه] [٩] إذا قيلَ له: اعمَلْ فيه برَأيِكَ وإنْ لم يَنُصَّ عليه، وقسمٌ منه ما ليس

---

(١) في المخطوط: «الخراج».
(٢) في المخطوط: «لكن».
(٣) في المخطوط: «على ذلك».
(٤) في المخطوط: «يأخذه».
(٥) في المخطوط: «يدفع».
(٦) زاد في المخطوط: «على».
(٧) في المطبوع: «بالعقد».
(٨) في المخطوط: «القول».
(٩) ليست في المخطوط.

له أنْ يعملَه رَأسًا وإنْ نَصَّ عليه.

وأمّا القسمُ الذي للمُضارِبِ أنْ يعملَه من غيرِ التّنْصيصِ عليه، (ولا قولِ) [١]: اعمَلْ برأيِكَ كالمُضارَبةِ [٢] المُطْلَقةِ عن الشّرطِ والقَيْدِ [به] [٣]، وهي ما إذا قال له: خُذْ هذا المالَ واعمَلْ به، على أنّ ما رَزَقَ الله من رِبْحٍ فهو بيننا على كذا أو قال: خُذْ هذا المال مُضارَبةً على كذا فلَه أنْ يَشتريَ به ويَبيعَ؛ لأنّه أمَرَه بعملٍ هو سببُ حُصولِ [٤] الرِّبْحِ، وهو الشِّراءُ والبيعُ، وكذا المقصودُ من عقدِ المُضارَبةِ هو الرِّبْحُ، والرِّبْحُ لا يَحْصُلُ إلاّ بالشِّراءِ والبيعِ إلاّ أنّ شِراءَه يَقَعُ على المَعْروفِ وهو أنْ يكونَ بمثلِ قيمةِ المُشترَى، أو بأقَلَّ من ذلك مِمّا لا يَتَغابَنُ النّاسُ في مثلِه؛ لأنّه وكيلٌ وشِراءُ الوكيلِ يَقَعُ على المَعْروفِ.

فإنِ اشترى بما لا يَتَغابَنُ النّاسُ في مثلِه كان مُشتريًا لِنفسِه لا على المُضارَبةِ، بمنزِلةِ الوكيلِ بالشِّراءِ.

(وأمّا) بيعُه فعلى الاختِلافِ بين أبي حنيفةَ وصاحبَيْه رضي الله تعالى عنهم في التّوْكيلِ [٥] بمُطْلَقِ البيعِ أنّه يَمْلِكُ البيعَ نَقْدًا ونَسيئةً، وبِغَبنٍ فاحشٍ في قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله فالمُضارِبُ أولى؛ لأنّ المُضارَبةَ أعَمُّ من الوكالةِ وعندَهما لا يُمْلَكُ البيعُ بالنّسيئةِ، ولا بما لا يَتَغابَنُ النّاسُ في مثلِه وهي من مَسائلِ كِتابِ الوكالةِ وله أنْ يَشتريَ ما [٦] بَدا له من سائرِ [٢/ ٢٦٣أ] أنْواعِ التِّجاراتِ (في سائرِ) [٧] الأمكِنةِ مع سائرِ النّاس لإِطْلاقِ العقدِ.

وله أنْ يَدْفَعَ المالَ بضاعةً؛ لأنّ الإبْضاعَ من عادةِ التُّجّارِ، ولأنّ المقصودَ من هذا العقدِ هو الرِّبْحُ، والإبْضاعُ طريقٌ إلى ذلك، ولأنّه يَمْلِكُ الاستئجارَ، فالإبْضاعُ أولى؛ لأنّ الاستئجارَ استِعْمالٌ في المالِ بعِوَضٍ، والإبْضاعُ استِعْمالٌ فيه بغيرِ عِوَضٍ، فكان أولى.

وله أنْ يودِعَ؛ لأنّ الإيداعَ من عادةِ التُّجّارِ ومن ضروراتِ التِّجارةِ.

وله أنْ يَسْتَأجِرَ مَنْ يعملُ في المالِ؛ لأنّه من عادةِ التُّجّارِ و[من] [٨] ضروراتِ التِّجارةِ

---

(١) في المخطوط: «والقول».
(٢) في المخطوط: «أن المضاربة».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «الحصول».
(٥) في المخطوط: «الوكيل».
(٦) في المخطوط: «بما».
(٧) في المخطوط: «وسائر».
(٨) زيادة من المخطوط.

أيضًا؛ لأنّ الإنسانَ قد لا (يَتَمَكَّنُ من) [(١)] جميعِ الأعمالِ بنفسِه فيَحْتاجُ إلى الأجيرِ، وله أنْ يَسْتَأجِرَ البيوتَ ليجْعَلَ المالَ فيها؛ لأنّه لا يَقْدِرُ على حِفْظِ المالِ [إلاّ] [(٢)] به، وله أنْ يَسْتَأجِرَ السُّفُنَ والدَّوابَّ للحَمْلِ؛ لأنّ الحمْلَ [(٣)] من مَكان إلى مَكان طريقٌ يُحَصِّلُ [(٤)] الرِّبْحَ، ولا يُمْكِنُه النَّقْلُ بنفسِه.

وله أنْ يوَكِّلَ بالشِّراءِ والبيعِ؛ لأنّ التَّوْكيلَ من عادةِ التُّجّارِ، ولأنّه طريقُ الوُصولِ إلى المقصودِ وهو الرِّبْحُ، فكان بسَبيلٍ منه كالشَّريكِ، ولأنّ المُضارَبةَ أعَمُّ من الوكالةِ، ويجوزُ أنْ يُسْتَفادَ بالشَّيءِ ما هو دونَه، بخلافِ الوكالةِ المُفْرَدةِ، أنّ الوكيلَ لا يَمْلِكُ أنْ يوَكِّلَ غيرَه بمُطْلَقِ الوكالةِ، إلاّ إذا قيلَ له: اعمَلْ برأيِكَ؛ لأنّ المقصودَ من ذلك ليس هو التِّجارةُ وحُصولُ الرِّبحِ، بل إدْخالُ المَبيعِ في مِلْكِه، وكذا الوكالةُ الثّانيةُ مثلُ الأولى، والشّيءُ لا يَسْتَتْبِعُ مثلَه وكُلُّ ما كان للمُضارِبِ أنْ يعملَ بنفسِه، فلَه أنْ يوَكِّلَ فيه غيرَه، وكُلُّ ما لا (يكونُ له) [(٥)] أنْ يَفْعَلَه بنفسِه لا يجوزُ فيه وكالَتُه على رَبِّ المالِ؛ لأنّه لَمّا لم يَمْلِكْ أنْ يعمله [(٦)] بنفسِه فبِوَكيلِه أولى.

وله أنْ يَرْهَنَ بدَيْنٍ عليه في المُضارَبةِ من مالِ المُضارَبةِ وأنْ يَرْتَهِنَ بدَيْنٍ له منها على رجلٍ؛ لأنّ الرَّهْنَ بالدَّيْنِ والارتِهانَ من بابِ الإيفاءِ والاستيفاءِ، وهو يَمْلِكُ ذلك، فيَمْلِكُ الرَّهْنَ والارتِهانَ.

وليس للمضارب أنْ يَرْهَنَ بعدَ نَهْيِ رَبِّ المالِ [له] [(٧)] عن العملِ ولا بعدَ موتِه؛ لأنّ المُضارَبةَ تَبْطُلُ بالنَّهْيِ والموتِ إلاّ في تَصَرُّفٍ يَنْض به رَأسُ المالِ [على ما نذكر] [(٨)] والرَّهْنُ ليس تَصَرُّفًا يَنْض به رَأسُ المالِ، فلا يَمْلِكُه المُضارِبُ.

ولو باع شيئًا وأخَّرَ الثَّمَنَ جازَ؛ لأنّ التّأخيرَ لِلثَّمَنِ [من] [(٩)] عادةَ التُّجّارِ، وأمّا على أصلِ أبي حنيفةَ رحمه الله فلأنّ الوكيلَ بالبيعِ يَمْلِكُ تَأخيرَ الثَّمَنِ، فالمُضارِبُ أولى؛ لأنّ تَصَرُّفَه أعَمُّ من تَصَرُّفِ الوكيلِ، إلاّ أنّ الوكيلَ بالبيعِ إذا أخَّرَ الثَّمَنَ يَضْمَنُ عندَهما

---

(١) في المخطوط: «يمكنه».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «النقل».
(٤) في المخطوط: «حصول».
(٥) في المخطوط: «يجوز».
(٦) في المطبوع: «يعمل».
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) زيادة من المخطوط.
(٩) زيادة من المخطوط.

والمُضارِبُ لا يَضْمَنُ؛ لأنّ المُضارِبَ يَمْلِكُ أنْ يَسْتَقِيلَ ثم يَبِيعَ نَسيئةً [١]، فيَمْلِكُ التأخيرَ ابْتِداءً فلم يَضْمَنْ فأمّا الوكيلُ فلا يَمْلِكُ الإقالةَ، ثم البيعُ بالنّسيئةِ فإذا أخَّرَ ضَمن.

(وأمّا) عند أبي يوسفَ فإنّما جازَ تَأخيرُ المُضارِبِ دونَ الوكيلِ لِهذا المعنى أيضًا، وهو أنّ المُضارِبَ يَمْلِكُ أنْ يَشتريَ السِّلْعةَ أو يَسْتَقِيلَ فيها، ثم يَبيعَها نَساءً فيَمْلِكُ تأخيرَ ثَمَنِها والوكيلُ لا يَمْلِكُ ذلك، وله أنْ يَحْتالَ بالثّمَنِ على رجلٍ موسِرًا كان المُحْتالُ عليه أو مُعْسِرًا؛ لأنّ الحوالةَ من عادةِ التُّجّارِ؛ لأنّ الوُصولَ إلى الدَّيْنِ قد يكونُ أيسَرَ من ذِمّةِ المُحالِ [٢] عليه منه من ذِمّةِ المُحيلِ، بخلافِ الوصيِّ إذا احتالَ بمالِ اليَتيمِ أنّ ذلك إنْ كان أصلَحَ جازَ، وإلاّ فلا؛ لأنّ تَصَرُّفَ الوصيِّ في مالِ اليَتيمِ مَبنيٌّ على النّظَرِ، وتَصَرُّفَ المُضارِبِ مَبنيٌّ على عادةِ التُّجّارِ.

قال محمد: وله أنْ يَسْتَأجِرَ أرضًا بَيْضاءَ، ويَشتريَ ببعضِ المالِ طَعامًا فيَزْرَعَه فيها، وكذلك له أنْ يُقَلِّبَها ليَغْرِسَ فيها نَخْلاً أو شَجَرًا أو رُطَبًا [٣]، فذلك كُلُّه جائزٌ، والرِّبْحُ على ما شَرَطا؛ لأنّ الاستئجارَ من التِّجارةِ؛ لأنّه طريقُ حُصولِ الرِّبْحِ، وكذا هو من عادةِ التُّجّارِ فيَمْلِكُه المُضارِبُ.

وللمُضارِبِ أن يُسافِرَ بالمالِ؛ لأنّ المقصودَ من هذا العقدِ استِنْماءُ [٤] المالِ، وهذا المقصودُ بالسَّفَرِ أوفَرُ ولأنّ العقدَ (صَدرَ مُطْلَقًا) [٥] عن المَكانِ فيجْري على إطْلاقِه، ولأنّ مَأخذَ الاسمِ دَليلٌ عليه؛ لأنّ المُضاربَةَ مُشتقّةٌ من الضَّرْبِ في الأرضِ، وهو السَّيْرُ، قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠] [والضرب في الأرض وهو السفر] [٦] ولأنّه طَلَبُ الفضْلِ وقد قال الله تعالى عَزَّ شأنُه: ﴿وَٱبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠] وهذا قولُ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وهو قولُ أبي يوسفَ في رِوايةِ محمّدٍ عنه، وفي رِوايةِ أصحابِ الإملاءِ عنه: ليس له أنْ يُسافِرَ.

ورُوِيَ عنه (أنّه فرّقَ) [٧] بين الذي يَثْبُتُ في وطَنِه وبين الذي لا يَثْبُتُ، وبين ما له حِمْلٌ ومُؤنةٌ، وبين ما لا حِمْلَ له ولا مُؤنةَ في الشَّرِكةِ، فالمُضارِبُ [٨] على ذلك وقد ذَكَرْنا

---

(١) في المخطوط: «نساء».
(٢) في المخطوط: «المحتال».
(٣) في المخطوط: «رطابًا».
(٤) في المخطوط: «استثمار».
(٥) في المخطوط: «مطلق».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «الفرق».
(٨) في المخطوط: «فالمضاربة».

وجهَ كُلٍّ واحدٍ من ذلك في كِتابِ الشَّرِكةِ.

وقد قال أبو يوسفَ عن أبي حنيفةَ رحمه الله: إنّه إذا دَفَعَ إليه المالَ بالكوفةِ وهما من أهليها، فإنّ أبا حنيفةَ قال: ليس له أنْ يُسافِرَ بالمالِ.

ولو كان الدَّفْعُ في مِصْرٍ آخَرَ غيرِ الكوفةِ، فللمُضارِبِ أنْ يخرجَ به حيث شاء، وقد ذَكَرْنا وجهَ الرِّوايةِ المشهورةِ في كِتابِ الشَّرِكةِ.

(وأمّا) [٢/ ٢٦٣ب] وجه رِوايةِ أبي يوسفَ عنه فهو أنّ المُسافَرةَ بالمالِ مُخاطَرةٌ به، فلا يجوزُ إلاّ بإذنِ رَبِّ المالِ نَصًّا أو دَلالةً، فإذا دَفَعَ المالَ إليه في بَلَدِهما [(١)] فلم يَأْذَنْ له بالسَّفَرِ نَصًّا ودَلالةً [(٢)]، لم يَكُنْ له أنْ يُسافِرَ، وإذا دَفَعَ إليه في غيرِ بَلَدِهما [(٣)] فقد وجَدَ دَلالةَ الإذنِ بالرُّجوعِ إلى الوطَنِ؛ لأنّ العادةَ أنّ الإنسانَ لا يَأخُذُ المالَ مُضارَبةً ويَتْرُكُ بَلَدَه [(٤)]، فكان دَفْعُ المالِ في غيرِ بَلَدِهما رِضًا بالرُّجوعِ إلى الوطَنِ، فكان إذنًا دَلالةً وله أنْ يَأذَنَ لِعَبيدِ [(٥)] المُضارَبةِ بالتِّجارةِ [في ظاهرِ الرِّوايةِ] [(٦)]؛ لأنّ الإذنَ بالتِّجارةِ من التِّجارةِ، ومن عادةِ التُّجّارِ أيضًا.

ورَوَى ابنُ رُسْتُم عن محمّدٍ: أنّه لا يَمْلِكُ ذلك بإطْلاقِ المُضارَبةِ؛ لأنّ الإذنَ بالتِّجارةِ أعَمُّ من المُضارَبةِ، فلا يَسْتَتْبِعُ ما هو فوْقَه وله أنْ يَبيعَهم إذا لَحِقَهم دَيْنٌ، سَواءٌ كان المولى حاضِرًا أو غائبًا؛ لأنّ البيعَ في الدَّيْنِ من التِّجارةِ، فلا يَقِفُ على حُضورِ المولَى.

ولو جَنَى عبدُ المُضارَبةِ بأنْ قَتَلَ إنسانًا خَطَأً، وقيمَتُه مثلُ مالِ المضاربة، بأنْ كان رَأسُ المالِ ألفَ درهَمٍ فاشترى بها عبدًا قيمَتُه ألفٌ فقَتَلَ إنسانًا خَطَأً، لا يُخاطَبُ المُضارِبُ بالدَّفْعِ أو الفِداءِ؛ لأنّ الدَّفْعَ أو الفِداءَ ليس من التِّجارةِ، ولا مِلْكَ أيضًا للمُضارِبِ في رَقَبَتِه؛ لانعِدامِ الفعلِ [(٧)] والتَّدْبيرِ في جِنايَتِه إلى رَبِّ المالِ؛ لأنّ رَقَبَتَه خالصُ مِلْكِه، ولا مِلْكَ للمُضارِبِ فيها، بخلافِ عبدِ المَأذونِ إذا جَنَى أنّه يُخاطَبُ المَأذونُ بالدَّفْعِ أو [(٨)] الفِداءِ مع غَيْبةِ المولَى؛ لأنّ العبدَ المَأذونَ في التَّصرُّفِ كالحُرِّ؛ لأنّه يَتَصرَّفُ لِنفسِه

---

(١) في المخطوط: «بلديهما».
(٢) في المخطوط: «ولا يوجد منه ما يدل عليه».
(٣) في المخطوط: «بلديهما».
(٤) في المخطوط: «وطنه».
(٥) في المخطوط: «العبد».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «الفضل».
(٨) في المخطوط: «و».

كالحُرِّ، بدَليلِ أنّه لا يرجعُ بالعُهْدةِ على المولَى، ولو كان مُتَصَرِّفًا للمولى لَرجع بالعُهْدةِ عليه، (فلَمّا لم يرجعْ دَلَّ) [١] أنّه يَتَصَرَّفُ لِنفسِه، وإنّما يَظْهَرُ حَقُّ المولى في كسْبه عند فراغِه عن حاجَتِه، فإذا تَعَلَّقَتِ الجِنايةُ برَقَبَتِه صارَتْ مشغولةً، فلا يَظْهَرُ حَقُّ المولى فيُخاطَبُ بالدَّفْعِ كالحُرِّ.

(فأمّا) المُضارِبُ فإنّه وكيلُ رَبِّ المالِ في التّصَرُّفِ حتى يرجعَ بالعُهْدةِ عليه، والوكيلُ بالشِّراءِ (لا يُخاطَبُ) [٢] بحُكْمِ الجِنايةِ، فهو الفرْقُ بين المسألَتَيْنِ [٣] فإنِ اختارَ رَبُّ المالِ الدَّفْعَ واختارَ المُضارِبُ الفِداءَ، فلَه ذلك؛ لأنّه بالفِداءِ يَسْتَبْقي مالَ المُضارَبةِ، [وله فيه فائدةٌ في الجُمْلةِ لِتَوَهُّمِ الرِّبْحِ.

ولو دَفَعَ رَبُّ المالِ أو فدَى خَرَجَ العبدُ من المُضارَبةِ] [٤].

(أمّا) إذا دَفَعَ فلا شَكَّ فيه؛ لأنّ بالدَّفْعِ زالَ مِلْكُه عنه لا إلى بَدَلٍ، فصارَ كأنّه هَلك وإذا [٥] فدَى فقد لَزِمَه ضَمانٌ ليس من مُقْتَضَياتِ المُضارَبةِ، ولأنّ اختيارَ الفِداءِ دَليلُ رَغْبَتِه في عَيْنِ العبدِ، فلا يَحْصُلُ المقصودُ من العقدِ وهو الرِّبْحُ؛ لأنّ ذلك بالبيعِ.

ولو كان قيمةُ العبدِ ألفَيْنِ فجَنَى جِنايةً خَطَأً، لا يُخاطَبُ المُضارِبُ بالدَّفْعِ أو الفِداءِ إذا كان رَبُّ المالِ غائبًا لِما قُلْنا، وليس لأصحابِ الجِنايةِ على المُضارِبِ ولا على الغُلامِ سَبيلٌ، إلاّ أنّ لهم أنْ يَسْتَوْثِقوا من الغُلامِ بكَفيلٍ إلى أنْ يَقْدَمَ المولَى، وكذا لا يُخاطَبُ المولى بالدَّفْعِ أو [٦] الفِداءِ إذا كان المُضارِبُ غائبًا، وليس لأحدِهما أنْ يَفْديَ حتى يَحْضُرا جميعًا، فإنْ فدَى كان مُتَطَوِّعًا بالفِداءِ [٧] فإذا حَضرا دَفَعا أو فدَيا، فإنْ دَفَعا فليس لهما شيءٌ، وإنْ فدَيا كان الفِداءُ عليهما أرباعًا وخرَجَ العبدُ من المُضارَبةِ وهذا قولُ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ.

وقال أبو يوسف: حُضورُ المُضارِبِ ليس بشرطٍ، ويُخاطَبُ المولى بحُكْمِ الجِناية.

(وجه) قول أبي يوسف أنّ نَصيبَ المُضارِبِ لم يَتَعَيَّنْ في الرِّبْحِ لِعَدَمِ تَعيُّنِ رَأسِ

---

(١) في المخطوط: «فدل».
(٢) في المخطوط: «يخاطب».
(٣) في المخطوط: «الفصلين».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «قد».
(٦) في المخطوط: «و».
(٧) في المخطوط: «في الفداء».

المالِ؛ لأنّ التّعْيينَ بالقسمةِ، ولم توجَدْ فبَقيَ المالُ على حُكْمِ مِلْكِ رَبِّ المالِ، فكان هو المُخاطَبُ بحُكْمِ الجِنايةِ، فلا يُشترَطُ حُضورُ المُضارِبِ.

(ولهما) أنّه إذا كان في المُضارَبةِ فضْلٌ كان للمُضارِبِ مِلْكٌ في العبدِ، ولِهذا لو أعتَقَه نَفَذَ [1] إعتاقُه في نَصيبه، وإذا كان له نَصيبٌ في العبدِ كان فِداءُ نَصيبه عليه فلا بُدَّ من حُضورِه.

-(وامّا) **قول ابي حنيفة:** قولُه إنّ حَقَّه لم يَتَعَيَّنْ في الرِّبْحِ لِعَدَمِ تَعْيينِ رَأسِ المالِ فممنوعٌ [2]، بل تَعَيَّنَ ضرورةُ لُزومِ الفِداءِ في نَصيبه [3]، ولا يَلْزَمُ إلاّ بتَعْيينِ حَقِّه، ولا يَتَعَيَّنُ حَقُّه إلاّ بتَعْيينِ رَأسِ المالِ، ولا يَتَعَيَّنُ رَأسُ المالِ إلاّ بالقسمةِ، فثَبَتَتِ القسمةُ ضرورةً فإنِ اختارَ أحدُهما الدَّفْعَ والآخَرُ الفِداءَ فلَهما ذلك؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما مالِكٌ لِنَصيبه فصارَ كالعبدِ المُشترَكِ، غيرَ أنّ في العبدِ المُشترَكِ إذا حَضرَ أحدُ الشَّريكينِ وغابَ الآخَرُ، يُخاطَبُ الآخَرُ [4] بحُكْمِ الجِنايةِ من الدَّفْعِ أو الفِداءِ، وههنا لا يُخاطَبُ واحدٌ منهما ما لم يَحْضُرا جميعًا؛ لأنّ تَصرُّفَ أحدِهما يَتَضَمَّنُ قسمَه؛ لأنّ المالَ لا يَبْقَى على المُضارَبةِ بعدَ الدَّفْعِ أو الفِداءِ، والقسمةُ لا تَصِحُّ إلاّ بحَضْرَتِهما، والدَّفْعُ أو الفِداءُ من أحدِ الشَّريكينِ لا يَتَضَمَّنُ قسمةً ولا حُكْمًا في حَقِّ الشَّريكِ الآخَرِ، فلا يَقِفُ على حُضورِه، وهذا بخلافِ (العبدِ المَرْهونِ) [5] إذا كانت قيمَتُه أكثرَ من الدَّيْنِ فجَنَى جِنايةَ خَطَأً أنّه يُخاطَبُ الرّاهنُ والمُرْتَهِنُ بحُكْمِ الجِنايةِ، فإنِ اختارَ أحدُهما الدَّفْعَ والآخَرُ الفِداءَ لم يَكُنْ لهما [٢/ ٢٦٤أ] ذلك، ويَلْزَمُهما أنْ يجْتَمِعا على أحدِ الأمرَيْنِ؛ لأنّ المِلْكَ [6] هناك واحدٌ فاختِلافُ اختيارِهما يوجِبُ تَبْعيضَ موجِبِ الجِنايةِ في حَقِّ مالِكٍ واحدٍ، وهذا لا يجوزُ، كالعبدِ الذي ليس برَهْنٍ، وهنا مالِكُ العبدِ اثنانِ فلو اختَلَفَ اختيارُهما لا يوجِبُ ذلك تَبْعيضَ موجِبِ الجِنايةِ في حَقِّ مالِكٍ واحدٍ.

وقد قالوا إذا غابَ أحدُهما وادُّعيَتِ الجِنايةُ على العبدِ، لم تُسْمَعِ البَيِّنةُ حتى يَحْضُرا؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما له حَقٌّ في العبدِ، فكان التدبير [7] في الجِنايةِ إليهما، فلا يجوزُ سَماعُ

---

(١) في المخطوط: «ينفذ».
(٢) في المخطوط: «فنقول لا».
(٣) زاد في المخطوط: «لأنه لما لزمه الفداء في نصيبه».
(٤) في المخطوط: «الحاضر».
(٥) في المخطوط: «عبد الرهن».
(٦) في المخطوط: «المالك».
(٧) في المخطوط: «التغيير».

البَيِّنةِ على أحدِهما مع غَيْبةِ الآخرِ، وإنّما أخذ بالعبدِ كفيلٌ؛ لأنّه لا يُؤمَنُ عليه أنْ يَغيبَ فيَسْقُطَ حَقُّ وليِّ الجِنايةِ؛ لأنّ حَقَّه تَعلَّقَ [١] برَقَبتِه، فكان له أنْ يَستَوْثِقَ حَقَّه بكَفيلٍ وحُقوقُ العقدِ في الشِّراءِ والبيعِ تَرْجِعُ إلى المُضارِبِ لا إلى رَبِّ المالِ؛ (لأنّ المُضارِبَ هو) [٢] العاقِدُ فهو الذي يُطالَبُ بتسليمِ المَبيعِ (ويُطالِبُ بتسليمِ الثَّمَنِ، ويَقْبِضُ المَبيعَ والثَّمَنَ) [٣]، ويَرُدُّ بالعَيْبِ ويُرَدُّ عليه، ويُخاصِمُ ويُخاصَمُ لِما قُلْنا.

ولو اشترى المُضارِبُ عبدًا مَعيبًا قد عَلِمَ رَبُّ المالِ بعَيْبه ولم يَعْلم به المُضارِبُ، فللمُضارِبِ أنْ يَرُدَّه، ولو كان المضارب عَلِمَ بالعَيْبِ ولم يَعْلم به رَبُّ المالِ لم يَكُنْ للمُضارِبِ أنْ يَرُدَّه؛ لأنّ حُقوقَ العقدِ تَتَعلَّقُ بالمُضارِبِ لا برَبِّ المالِ، فيُعْتَبَرُ عِلْمُ المُضارِبِ لا عِلْمَ رَبِّ المالِ.

ولو اشترى عبدًا فظَهَرَ به عَيْبٌ، فقال رَبُّ المالِ بعدَ الشِّراءِ: رَضيتُ بهذا العبدِ، بَطَلَ الرَّدُّ؛ لأنّ المِلْكَ لِرَبِّ المالِ، فإذا رَضيَ به فقد أبطَلَ حَقَّ نفسِه.

ولو أنّ رَبَّ المالِ دَفَعَ إليه (ألفَ درهَمٍ) [٤] مُضارَبةً على أنْ يَشتريَ بها عبدَ فُلانٍ بعَيْنِه، ثم يَبيعُه، فاشتراه المُضارِبُ ولم يَرَه، فليس له أنْ يَرُدَّه بخيارِ الرُّؤيةِ، ولا بخيارِ العَيْبِ؛ لأنّ أمرَه بالشِّراءِ بعدَ العِلْمِ رِضًا منه بذلك العَيْبِ، فكأنّه قال بعدَ الشِّراءِ: قد رَضيتُ، بخلافِ ما إذا أمَرَه بشِراءِ عبدٍ غيرِ مُعَيَّنٍ؛ لأنّه لا يَعْلَمُ أنّه يَشتري العبدَ المَعيبَ - لا مَحالةَ- حتى يكونَ عِلْمُه دَلالةَ الرِّضا به.

وهَلْ له أنْ يَأخُذَ بالشُّفعةِ في دارٍ اشتراها أجنَبيٌّ إلى جَنْبِ دارِ المُضارِبِ [٥]، أو باع رَبُّ المالِ دارًا لِنفسِه، والمُضارِبُ شَفيعُها بدارٍ أُخرى من المُضارَبةِ؟ ففيه تفصيلٌ نَذْكُرُه إنْ شاء الله تعالى.

ولو دَفَعَ المالَ [٦] إلى رجلينِ مُضارَبةً فليس لأحدِهما أنْ يَبيعَ ويَشتريَ بغيرِ إذنِ صاحبه، ولا يعملُ أحدُهما شيئًا مِمّا [٧] للمُضارِبِ الواحدِ أنْ يعملَه سَواءٌ، قال لهما: اعمَلا برَأيِكُما، أو لم يَقُلْ؛ لأنه رَضيَ برَأيِهما ولم يَرْضَ برَأيِ أحدِهما، فصارا

---

(١) في المخطوط: «متعلق».
(٢) في المخطوط: «لأنه».
(٣) في المخطوط: «وبتسليم المبيع والثمن».
(٤) في المخطوط: «دراهم».
(٥) في المخطوط: «المضاربة».
(٦) في المخطوط: «المالين».
(٧) في المخطوط: «ما».

كالوكيلينِ، وإذا أذِنَ له الشَّريكُ في شيءٍ من ذلك جازَ في قولِهم جميعًا؛ لأنّه لَمّا أذِنَ له فقد اجتَمع رَأيُهما، (فصارَ كأنّهما) [١] عَقَدا جميعًا.

(وأمّا) القسمُ الذي ليس للمُضارِبِ أنْ يعملَه إلاّ بالتّنْصيصِ عليه في المُضارَبةِ المُطْلَقةِ، فليس له أنْ يَسْتَدينَ على مالِ المُضارَبةِ.

ولو استَدانَ لم يجُزْ على رَبِّ المالِ، ويكونُ دَيْنًا على المُضارِبِ في مالِه؛ لأنّ الاستِدانةَ إثْباتُ زيادةٍ في رَأسِ المالِ من غيرِ رِضا رَبِّ المالِ، بل فيه إثْباتُ زيادةِ ضَمانٍ على رَبِّ المالِ من غيرِ رِضاه؛ لأنّ ثَمَنَ المُشترَى برَأسِ المالِ في بابِ المُضارَبةِ مضمونٌ على رَبِّ المالِ، بدَليلِ أنّ المُضارِبَ لو اشترى برَأسِ المالِ ثم هَلك المُشترَى قبلَ التّسْليمِ، فإنّ المُضارِبَ يرجعُ على رَبِّ المالِ بمثلِه، فلو جَوّزْنا الاستِدانةَ على المُضارَبةِ لألزَمْناه زيادةَ ضَمانٍ لم يَرْضَ به، وهذا لا يجوزُ.

ثم [٢] الاستِدانةُ هي أنْ يَشتريَ المُضارِبُ شيئًا بثَمَنٍ دَيْنٍ ليس في يَدِه من جنسِه، حتى إنّه لو لم يَكُنْ في يَدِه شيءٌ من رَأسِ المالِ من الدّراهم والدّنانير، بأنْ كان اشترى [٣] برَأسِ المالِ سِلْعةً، ثم اشترى شيئًا بالدّراهم أو الدّنانير، لم يجُزْ على المُضارَبةِ، وكان المُشترَى له عليه ثَمَنُه من مالِه؛ لأنّه اشترى بثَمَنٍ ليس في يَدِه من جنسِه، فكان [٤] مُسْتَدينًا على المُضارَبةِ، فلم تَجُزْ على رَبِّ المالِ وجازَ عليه؛ لأنّ الشِّراءَ وجَدَ نَفاذًا عليه، كالوكيلِ بالشِّراءِ إذا خالَفَ، وسَواءٌ كان اشترى بثَمَنٍ حالٍّ أو مُؤجَّلٍ؛ لأنّه لَمّا اشترى بما ليس في يَدِه من جنسِه صارَ مُسْتَدينًا على المُضارَبةِ، وهو لا يَمْلِكُ ذلك.

ولو كان ما في يَدِ المُضارِبِ من العبدِ أو العَرْضِ يُساوي رَأسَ المالِ أو أكثرَ، فاشترى شيئًا للمُضارَبةِ بالدّراهم والدّنانير ليَبيعَ العَرْضَ ويُؤدّيَ ثَمَنَه منها، لم يجُزْ، [سَواءٌ كان الثّمَنُ حالاً أو مُؤجَّلاً] [٥] لِما ذَكَرْنا أنّه استِدانةٌ.

ولو باع ما في يَدِه من العَرْضِ [٦] بالدّراهم والدّنانير، وحَصَلَ ذلك في يَدِه قبلَ حَلِّ الأجَلِ لم يَنْتَفِعْ بذلك؛ لأنّه لَمّا خالَفَ في حالةِ الشِّراءِ لَزِمَه الثّمَنُ وصارَتِ السِّلْعةُ له؛

---

(١) في المخطوط: «فكأنهما».
(٢) في المخطوط: «و».
(٣) في المخطوط: «يشتري».
(٤) في المخطوط: «فصار».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «العروض».

لأنّه لم يَمْلِكِ الشِّراءَ للمُضارَبةِ [١] فوَقَعَ العقدُ له، فلا يَصيرُ بعدَ ذلك للمُضارَبةِ.

وكذا إذا قَبَضَ المُضارِبُ مالَ المُضارَبةِ ليس له أنْ يَشتريَ بأكثرَ من رَأسِ المالِ الذي في يَدِه؛ لأنّ الزّيادةَ تكونُ دَيْنًا، وليس في يَدِه من مالِ المُضارَبةِ ما يُؤَدّيه [٢] حتى لو اشترى سِلْعةً بألفَيْ درهَمٍ ومالُ المُضارَبةِ [٢/ ٢٦٤ب] ألفٌ، كانت حِصّةُ الألفِ من السِّلْعةِ المُشتراةِ للمُضارَبةِ، وحِصّةُ ما زادَ على الألفِ للمُضارِبِ خاصّةً، له رِبْحُ ذلك وعليه وضيعَتُه، والزّيادةُ دَيْنٌ عليه في مالِه؛ لأنّه يَمْلِكُ الشِّراءَ بالألفِ ولا يَمْلِكُ الشِّراءَ بما زادَ عليها للمُضارَبةِ، ويَمْلِكُ الشِّراءَ لِنفسِه فوَقَعَ له.

وكذا إذا قَبَضَ المُضارِبُ رَأسَ المالِ وهو قائمٌ في يَدِه، فليس له أنْ يَشتريَ للمُضارَبةِ بغيرِ الدَّراهم والدَّنانير من المَكيلِ والموزونِ والمَعْدودِ والثّوْبِ الموصوفِ المُؤَجَّلِ [لأن الشراء بغير الأثمان] [٣] إذا لم يَكُنْ في يَدِه شيءٌ من ذلك؛ لأنّ الشِّراءَ بغيرِ المالِ [٤] يكونُ استِدانةً على المالِ.

ولو كان في يَدِه من مالِ المُضارَبةِ مَكيلٌ أو موزونٌ، فاشترى ثوبًا أو عبدًا بمَكيلٍ أو موزونٍ موصوفٍ في الذِّمّةِ، كان المُشترَى للمُضارِبِ [٥]؛ لأنّ في يَدِه من جنسِه فلم يَكُنِ استِدانةً [٦].

ولو كان في يَدِه دراهمُ فاشترى سِلْعةً بدراهمَ نَسيئةً، لم يَكُنِ استِدانةٌ؛ لأنّ في يَدِه من جنسِه، ولو كان في يَدِه دراهمُ فاشترى بدَنانيرَ، أو كان في يَدِه دَنانيرُ فاشترى بدراهمَ فالقياسُ أنْ لا يجوزَ على رَبِّ المالِ، وهو قولُ زُفَرَ، وفي الاستحسانِ يجوزُ.

(وجه) القياس أنّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ جنسانِ مُخْتَلِفانِ حَقيقةً، فقد اشترى بما ليس في يَدِه من جنسِه، فيكونُ استِدانةً، كما لو اشترى بالعُروضِ.

(وجه) الاستحسانِ (أنّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ عند التُّجّارِ) [٧] كجنسٍ واحدٍ؛ لأنّهما

---

(١) في المخطوط: «بالمضاربة».
(٢) في المخطوط: «يؤدي به».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «الأثمان».
(٥) في المخطوط: «للمضاربة».
(٦) زاد في المخطوط: «لأن في يده من جنسه» مكررًا.
(٧) في المخطوط: «أنهما عند التجارة».

(أثمانُ الأشياءِ) [١]، بهما تُقدَّرُ النَّفقاتُ وأُروشُ الجِناياتِ وقيمِ المُتْلَفاتِ، ولا يَتَعَذَّرُ نَقْلُ كُلِّ واحدٍ منهما إلى الآخَرِ، فكانا بمنزِلةِ شيءٍ واحدٍ، فكان مُشتريًا بثَمَنٍ في يَدِه من جنسِه.

وكذلك لو اشترى بثَمَنٍ هو من جنسِ رَأسِ المالِ، لَكِنّه يُخالفُه في الصِّفةِ بأنِ اشترى بدراهمَ بيضٍ ورَأسُ المالِ دراهمُ سودٍ، أو اشترى بصِحاحٍ ورَأسُ المالِ غَلّةٌ، أو اشترى بدراهمَ سودٍ ورَأسُ المالِ دراهمُ بيضٍ، أو اشترى بدراهمَ غَلّة ورَأسُ المالِ [دراهم] [٢] صِحاحٌ، فذلك جائزٌ على المُضارَبةِ.

وقال زُفَر: لا يجوزُ شيءٌ من ذلك على المُضارَبةِ، ويكونُ استِدانةً، ويُجْعَلُ اختِلافُ الصِّفةِ كاختِلافِ الجنسِ.

وقال محمد: إنِ اشترى بما صِفَتُه أنْقَصُ من صِفةِ رَأسِ المالِ جازَ، وهذا يُشيرُ إلى أنّه لو اشترى بما صِفَتُه أزْيَدُ من صِفةِ رَأسِ المالِ أنّه لا يجوزُ على المُضارَبةِ، ووجهُه أنّه إذا اشترى بما صِفَتُه أنْقَصُ من صِفةِ رَأسِ المالِ كان في يَدِه ذلك القدرُ [الذي اشترى به ذلك القدرَ وزيادةٌ فجازَ.

وَإذا اشترى بما صِفَتُه أكمَلُ لم يَكُنْ في يَدِه القدرُ] [٣] الذي اشترى به فلا يجوزُ على المُضارِبِ.

والصَّحيحُ قولُ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رحمهما الله؛ لأنّه لَمّا جازَ عند اختِلافِ الجنسِ، فلأَنْ يجوزَ عند اختِلافِ الصِّفةِ أولى؛ لأنّ تَفاوُتَ الصِّفةِ دونَ تَفاوُتِ الجنسِ.

ولو كان رَأسُ المالِ ألفَ درهَم فاشترى سِلْعةً بألفٍ أو بدَنانيرَ أو بفُلوسٍ قيمةُ ذلك ألفٌ، لا يَمْلِكُ أنْ يَشتريَ بعدَ ذلك على ألفِ [٤] المُضارَبةِ شيئًا بألفٍ أُخرى أو غيرِ ذلك؛ لأنّ مالَ المُضارَبةِ كان مُسْتَحَقًّا بالثّمَنِ الأوّلِ، فلو اشترى بعدَ ذلك لَصارَ مُسْتَدينًا على مالِ المُضارَبةِ، فلا يَمْلِكُ ذلك، فإنِ اشترى عليها أوّلاً عبدًا بخمسِمائةٍ، لا يَمْلِكُ بعدَ ذلك أنْ يَشتريَ إلاّ بقدرِ خمسِمائةٍ؛ لأنّ الخمْسَمِائةِ خَرَجَتْ من المُضارَبةِ، وكذلك كُلُّ دَيْنٍ يَلْحَقُ رَأسَ المالِ؛ لأنّ ذلك صارَ مُسْتَحَقًّا من رَأسِ المالِ، فيخرجُ القدرُ

---

(١) في المخطوط: «من الأثمان».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «الألف».

المُسْتَحَقُّ من المُضارَبةِ، فإذا اشترى بأكثرَ مِمّا بَقِيَ صارَ مُسْتَدينًا على مالِ المُضارَبةِ فلا يَصِحُّ.

ولو باع المُضارِبُ واشترى وتَصَرَّفَ في مالِ المُضارَبةِ فحَصَلَ في يَدِه صُنوفٌ من الأموالِ: من المَكيلِ والموزونِ والمَعْدودِ وغيرِ ذلك من سائرِ الأموالِ، ولم يَكُنْ في يَدِه دراهِمُ ولا دَنانيرُ ولا فُلوسٌ، فليس له أنْ يَشتريَ مَتاعًا بثَمَنٍ ليس في يَدِه مثلُه من جنسِه وصِفَتِه وقدرِه، بأنِ اشترى عبدًا بكُرِّ حِنْطةٍ موصوفةٍ، فإنِ اشترى بكُرٍّ [١] حِنْطةٍ وسَطٍ وفي يَدِه الوسَطُ، أو بكُرٍّ [٢] حِنْطةٍ جَيِّدةٍ [٣] وفي يَدِه الجيد جازَ.

وإنْ كان في يَدِه أجوَدَ مِمّا اشترى به أو أدْوَنَ، لم يَكُنْ للمُضارَبةِ وكان [٤] للمُضارِبِ؛ لأنه إذا لم يَكُنْ في يَدِه مثلُ الثَّمَنِ صارَ مُسْتَدينًا على المُضارَبةِ، فلا يجوزُ وليس اختِلافُ الصِّفةِ هنا كاختِلافِ الصِّفةِ في الدَّراهم؛ لأنّ اختِلافَ الجنسِ هناك بين الدَّراهم والدَّنانير لا يَمْنَعُ الجوازَ، فاختِلافُ الصِّفةِ أولى؛ لأنه دونَه، واختِلافُ الجنسِ هنا يَمْنَعُ الجوازَ، فكذا اختِلافُ الصِّفةِ.

ثم في جميعِ ما ذَكَرْنا أنّه لا يجوزُ من المُضارِبِ الاستِدانةُ على رَبِّ المالِ، يَسْتَوي فيه ما إذا قال رَبُّ المالِ: اعمَلْ برَأْيِكَ أو لم يَقُلْ؛ لأنّ قوله: اعمَلْ برَأْيِكَ، تفويضُ [الرَّأْيِ] [٥] إليه، فيما هو من المُضارَبةِ، والاستِدانةُ لم تَدْخُلْ في عقدِ المُضارَبةِ، فلا يَمْلِكُها المُضارِبُ إلاّ بإذنِ رَبِّ المالِ بها نَصًّا.

ثم كما لا يجوزُ للمُضارِبِ الاستِدانةُ على مالِ المُضارَبةِ، لا يجوزُ له الاستِدانةُ على إصْلاحِ مالِ المُضارَبةِ، حتى لو اشترى المُضارِبُ بجميعِ مالِ المُضارَبةِ ثيابًا، ثم [٢/ ٢٦٥أ] استأجَرَ على حَمْلِها أو على قِصارَتِها أو نَقْلِها كان مُتَطَوِّعًا في ذلك كُلِّه؛ لأنه إذا لم يَبْقَ في يَدِه شيءٌ من رَأسِ المالِ صارَ بالاستئجارِ مُسْتَدينًا على المُضارَبةِ فلم يجُزْ عليها، فصارَ عاقِدًا لِنفسِه مُتَطَوِّعًا في مالِ الغيرِ، كما لو حَمَلَ مَتاعًا لِغيرِه، أو قَصَّرَ ثيابًا لِغيرِه بغيرِ أمرِه.

---

(١) في المخطوط: «كُرًّا».
(٢) في المخطوط: «كُرًّا».
(٣) في المخطوط: «جيد».
(٤) في المخطوط: «وكذا».
(٥) زيادة من المخطوط.

وقال محمد: وكذلك إذا صَبَغَها سودًا من مالِه فنَقَصَها [١] ذلك؛ لأنّ الاستِدانةَ لا تَجوزُ، و[لا] [٢] يَصيرُ شريكًا بالسَّوادِ؛ لأنّه لم يوجِبْ في العَيْنِ زيادةً، بل أوجَبَ نُقْصانًا فيها، ولا يَضْمَنُ بفعلِه، سَواءٌ قال له: اعمَلْ برَأيِكَ أو لم يَقُلْ؛ لأنّه مَأذونٌ فيه بعقدِ المُضارَبةِ، بدَليلِ أنّه لو كان في يَدِه فضْلٌ، فصَبَغَ الثّيابَ به سودًا فنَقَصَها ذلك لم يَضْمَنْ، وكذلك إذا صَبَغَها بمالِ نفسِه.

ولو صَبَغَ المَتاعَ بعُصْفُرٍ أو زَعْفَرانٍ أو صِبْغٍ يَزيدُ فيها، وليس في يَدِه من مالِ المُضارَبةِ شيءٌ، فإنْ كان لم يَقُلْ [له] [٣]: اعمَلْ برَأيِكَ، فهو ضامِنٌ، ورَبُّ المالِ بالخيارِ إنْ شاء ضَمَّنَه قيمةَ مَتاعِه يومَ صَبَغَه، وسَلَّمَ إليه المَتاعَ، وإنْ شاء تَرَكَ المَتاعَ حتى يُباع فيَتَصَرَّفَ فيه رَبُّ المالِ بقيمَتِه [٤] أبيضَ، وتَصَرَّفَ المُضارِبُ بما زادَ الصِّبْغُ فيه؛ لأنّ الصِّبْغَ عَيْنُ مالٍ قائم فما أصابَ المَتاعَ فهو مالُ المُضارَبةِ، وما زادَ [٥] الصِّبْغُ فللمُضارِبِ خاصّةً؛ لأنّ الصِّبْغَ استِدانةٌ على المالِ، وذلك لا يجوزُ، فصارَ الصِّبْغُ من غيرِ [٦] المُضارَبةِ، والمُضارِبُ إذا خَلَطَ مالَ نفسِه بمالِ المُضارَبةِ، ولم يَقُلْ له: اعمَلْ برَأيِكَ، يَضْمَنُ، وصارَ كأجنَبيٍّ خَلَطَ المالَ.

ولو صَبَغَ الثّيابَ أجنَبيٌّ، كان للمالِكِ الخيارُ، إنْ شاء ضَمَّنَه قيمَتَها، وإنْ شاء تَرَكَها على الشَّرِكةِ، وتَضارَبا بثَمَنِها [على الشَّرِكةِ] [٧] كذا هذا.

وإنْ كان قال له: اعمَلْ برَأيِكَ، فلا ضَمانَ عليه؛ لأنّه إذا قال له ذلك، فلَه أنْ يخلِطَ مالَ نفسِه بمالِ المُضارَبةِ، والصِّبْغُ على مِلْكِه فلا يَضْمَنُ بخَلْطِه، وصارَ المَتاعُ بينهما، فإذا باع [٨] المَتاعُ، قُسِّمَ الثّمَنُ على قيمةِ الثّوْبِ أبيضَ، فما أصابَ ذلك كان في المُضارَبةِ، وما أصابَ الصِّبْغُ كان للمُضارِبِ والله أعلم.

وإذا أذِنَ للمُضارِبِ أنْ يَسْتَدينَ على مالِ المُضارَبةِ، جازَ له الاستِدانةُ، وما يَسْتَدينُه يكونُ شَرِكةً بينهما شَرِكةَ وُجوهٍ، وكان المُشترَى بينهما نصفَيْنِ؛ لأنّه لا يُمْكِنُ [٩] أنْ

(١) في المخطوط: «فقبضها».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «يضمنه».
(٥) في المخطوط: «أصاب».
(٦) في المخطوط: «عين».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المطبوع: «بيع».
(٩) في المخطوط: «يحتمل».

يُجْعَلَ المُشترَى بالدَّيْنِ مُضارَبةً؛ لأنّ المُضارَبةَ لا تَجوزُ إلاّ في مالِ عَيْنٍ، فتُجْعَلَ شَرِكةَ وُجوهٍ، ويكونَ المُشترَى بينهما نصفَيْنِ؛ لأنّ مُطْلَقَ الشَّرِكةِ يَقْتَضي التّساويَ، وسَواءٌ كان الرِّبْحُ بينهما في المُضارَبةِ نصفَيْنِ أو أثلاثًا؛ لأنّ هذِه شَرِكةٌ على حِدةٍ، فلا يُبْنَى على حُكْمِ المُضارَبةِ، وقد بَيَّنّا في كِتابِ الشَّرِكةِ أنّه لا يجوزُ التّفاضُلُ في الرِّبْحِ، في شَرِكةِ الوُجوه، إلاّ بشرطِ التّفاضُلِ في الضَّمانِ، فإنْ شَرَطا التّفاضُلَ في الضَّمانِ كان الرِّبْحُ كذلك، وإنْ أطْلَقا كان المُشترَى نصفَيْنِ، لا يجوزُ فيه التّفاضُلُ في الرِّبْحِ.

وإذا صارَتْ هذِه شَرِكةَ وُجوهٍ، صارَ الثّمَنُ دَيْنًا عليهما من غيرِ مُضارَبةٍ، فلا يَمْلِكُ المُضارِبُ أنْ يَرْهَنَ به مالَ المُضارَبةِ، إلاّ بإذنِ رَبِّ المالِ فإنْ أذِنَ له أنْ يَرْهَنَ بجميعِ الثّمَنِ، فقد أعارَه نصفَ الرَّهْنِ ليَرْهَنه [1] بدَيْنِه، وإنْ هَلَك صارَ مضمونًا عليه، وليس له أنْ يُقْرِضَ مالَ المُضارَبةِ؛ لأنّ القَرْضَ تَبَرُّعٌ (في الحالِ) [2]، إذْ لا يُقابِلُه عِوَضٌ للحالِ، وإنّما يَصيرُ مُبادَلةً في الثّاني، ومالُ الغيرِ لا يحتملُ التّبَرُّعَ.

وكذلك (الهبةُ والصّدَقةُ) [3]؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما تَبَرُّعٌ، ولا يَأْخُذُ سفْتَجةً؛ لأنّ أخْذَها [4] استِدانةٌ وهو لا يَمْلِكُ الاستِدانةَ.

وكذا لا يُعْطَى سفْتَجةً؛ لأنّ إعطاءَ السَّفْتَجةِ إقراضٌ وهو لا يَمْلِكُ الإقراضَ إلاّ بالتّنْصيصِ عليه، هَكذا قال محمّدٌ، عن أبي حنيفةَ أنّه قال: ليس له أنْ يُقْرِضَ، ولا أنْ يَأخُذَ سفْتَجةً، حتى [5] يَأمُرَه بذلك بعَيْنِه، فيقولَ له: خُذِ السَّفاتِجَ وأقرِضْ إنْ أحْبَبْتَ.

فأمّا إذا قال له: اعمَلْ في ذلك برَأيِكَ، فإنّما هذا على البيعِ والشِّراءِ والشَّرِكةِ والمُضارَبةِ وخَلْطِ المالِ وهذا قولُ أبي يوسفَ، وقولُنا، [وهذا] [6] لِما ذَكَرْنا أنّ قوله: اعمَلْ في ذلك برَأيِكَ، تفويضُ الرَّأيِ إليه في المُضارَبةِ، (والتّبَرُّعُ ليس من عملِ المُضارَبةِ، وكذا الاستِدانةُ بل هي عند الإذنِ شَرِكةُ وُجوهٍ، وهي عقدٌ آخَرُ وراءَ المُضارَبةِ، وهو إنّما فوّضَ إليه الرَّأيَ في المُفاوَضةِ خاصّةً، لا في عقدٍ آخَرَ لا تَعلُّقَ له بها) [7]، فلا يدخلُ في ذلك،

---

(١) في المطبوع: «ليرهن».
(٢) في المخطوط: «للحال».
(٣) في المخطوط: «القرض».
(٤) في المخطوط: «أخذ السفتجة».
(٥) في المخطوط: «إلا أن».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «خاصة لأن عقدًا آخر لا يتعلق بها».

وليس أنْ يَشتريَ بما لا يَتَغابَنُ النّاسُ في مثلِه، وإنْ قال له: اعمَلْ برأيِكَ.

ولو اشترى يَصيرُ مُخالفًا؛ لأنّ المُضارَبةَ تَوْكيلٌ بالشِّراءِ، والتَّوْكيلُ (١) بالشِّراءِ مُطْلَقًا يَنْصَرِفُ إلى المُتعارَفِ، وهو أنْ يكونَ بمثلِ القيمةِ، أو بما (٢) يَتغابَنُ النّاسُ في مثلِه، ولأنّ الشِّراءَ بما لا يَتَغابَنُ [الناس] (٣) في مثلِه مُحاباةٌ، والمُحاباةُ تَبَرُّعٌ، والتَّبَرُّعُ لا يدخلُ في عقدِ المُضارَبةِ، وليس له أنْ [٢/ ٢٦٥ب] يَعْتِقَ على مالٍ؛ لأنّه (٤) إزالةُ المِلْكِ عن الرَّقَبةِ بدَيْنٍ في ذِمّةِ المُفْلِسِ، [(٥)فكان في معنى التَّبَرُّعِ، ولأنّه ليس بتِجارةٍ؛ إذِ التِّجارةُ مُبادَلةُ المالِ بالمالِ، وهذا مُبادَلةُ العِتْقِ بالمالِ، وليس له أنْ يُكاتِبَ؛ لأنّ الكِتابةَ ليستْ بتِجارةٍ؛ لانعِدامِ مُبادَلةِ المالِ بالمالِ؛ لِهذا لا يَمْلِكُه المَأذونُ له في التِّجارةِ، وليس له أنْ يُعْتِقَ عبدًا من المُضارَبةِ إذا لم يَكُنْ في نفسِ العبدِ فضْلٌ عن رَأسِ المالِ، فإنْ أعتَقَ لم يَنْفُذْ؛ لأنّ العقدَ السّابِقَ لا يُفيدُه، ولأنّه لا يَمْلِكُ الإعتاقَ على مالٍ، وفيه معنى المُبادَلةِ، فالإعتاقُ بغيرِ مالٍ أولى، ولا مِلْكَ للمُضارِبِ في العبدِ مِمّا لا يَنْفُذُ إعتاقُه، وسَواءٌ كان في يَدِ المُضارِبِ مالٌ آخرُ سِوَى العبدِ، أو لم يَكُنْ؛ لأنّ العبدَ إذا كان بقدرِ رَأسِ المالِ لا فضلَ فيه لم يَتَعَيَّنْ للمُضارِبِ فيه حَقٌّ؛ لأنّه مشغولٌ برأسِ المالِ، بدَليلِ أنّه لو هَلك ذلك المالُ يَصيرُ العبدُ رَأسَ المالِ.

وإنْ كان في نفسِ العبدِ المُعْتَقِ فضْلٌ عن رَأسِ المالِ، جازَ إعتاقُه في قدرِ حِصَّتِه من الرِّبْحِ؛ لأنّه إذا كان قيمَتُه أكثرَ من رَأسِ المالِ، فقد تَعَيَّنَ للمُضارِبِ فيه مِلْكٌ، فيَنْفُذُ إعتاقُه في قدرِ نَصيبِه، كعبدٍ بين شريكينِ أعتَقَه أحدُهما، وكذلك إنْ كاتَبَ عبدًا من المُضارَبةِ، أو أعتَقَه على مالٍ، ولم يَكُنْ فيه فضْلٌ أنّه لم يجُزْ، وإنْ كان فيه فضْلٌ كان كعبدٍ بين شريكينِ، أعتَقَه أحدُهما على مالٍ، فإذا قَبِلَ العبدُ عَتَقَ عليه نَصيبُه، وكان رَبُّ المالِ بالخيارِ، ولِرَبِّ المالِ فسخُ الكِتابةِ قبلَ الأداءِ؛ لأنّه لا يَتضرَّرُ به في الحالِ وفي الثّاني، أمّا في الحالِ، فلا يَمْتَنِعُ عليه بيعُ نَصيبه وهبَتِه ما دامَ شيءٌ منه فكذا هذا.

(وأمّا) الثّاني فلأنّه لو أدّى وعَتَقَ نفسُه، يَفْسُدُ الباقي على رَبِّ المالِ، فأكَّدَ دَفْعَ هذا الضَّرَرِ بالفسخِ؛ لأنّ الكِتابةَ قابلةٌ للفَسْخِ، فلَه أنْ يَفْسَخَ، كأحدِ الشَّريكينِ إذا باع حِصَّتَه

---

(١) في المخطوط: «والوكيل».
(٢) في المخطوط: «ما».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المطبوع: «لأن».
(٥) من هنا بداية سقط في المخطوط.

من بَيْتٍ مُعَيَّنٍ من دارٍ مُشترَكةٍ بينهما، كان لِشريكِه نَقْضُ بيعِه، وإنْ باع مِلْكَ نفسِه، لِما أنّ الشَّريكَ يَتَضرَّرُ بنَفاذِ هذا البيعِ، فإنّه متى أرادَ أنْ يَقْسِمَ الدّارَ يَحْتاجُ إلى قسمَيْنِ: قسمةِ البَيْتِ مع المُشتري، وقسمةِ بَقيّةِ الدّارِ مع الشَّريكِ الأوّلِ، ويَتَضرَّرُ، فكان له نَقْضُ البيعِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عنه، فكذا هذا، بخلافِ ما إذا دَبَّرَ المُضارِبُ نَصيبَه، أو أعتَقَ أنّه يَنْفُذُ، وإنْ كان يَتَضرَّرُ به رَبُّ المالِ؛ لأنّ الضَّرَرَ إنّما يُدْفَعُ إذا أمكَنَ، وهناك لا يُمْكِنُ؛ لأنّ التّدْبيرَ والإعتاقَ تَصرُّفانِ لا يحتملانِ الفسخَ، بخلافِ الكِتابةِ، فإنْ أدّى الكِتابةَ قبلَ الفسخِ عَتَقَ لِوُجودِ شرطِ العِتْقِ، وهو الأداءُ، إلاّ أنّ لِرَبِّ المالِ أنْ يَأخُذَ مِمّا أدّاه المُكاتَبُ قدرَ حِصَّتِه من المُؤَدَّى؛ لأنّه كسْبُ عبدٍ مُشترَكٍ بينهما.

وكذلك إذا كان رَأسُ المالِ ألفَ درهَم، فاشترى بها المُضارِبُ عبدَيْنِ قيمةُ كُلِّ واحدٍ منهما ألفٌ، فأعتَقَ أحدَهما أنّه لا يجوزُ إعتاقُه عند أصحابِنا الثّلاثةِ، وعند زُفَرَ: يجوزُ إعتاقُه في نَصيبه منهما؛ لأنّ رَأسَ المالِ ليس إلاّ الألفَ، فما زادَ على ذلك يكونُ رِبْحًا، ويكونُ للمُضارِبِ فيه نَصيبٌ، فيَنْفُذُ إعتاقُه في نَصيبه.

(ولَنا) أنّه لم يَتَعَيَّنْ للمُضارِبِ مِلْكٌ في أحدِ العبدَيْنِ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما يجوزُ أنْ يكونَ رَأسَ المالِ، والآخَرُ رِبْحًا، فليس أحدُهما بأنْ يُجْعَلَ رَأسَ المالِ والآخَرُ رِبْحًا، أولى من القَلْبِ فيُجْعَلُ كُلُّ واحدٍ منهما كأنْ ليس معه غيرُه، ولأنّ حَقَّ المُضارِبِ لا يَتَعَيَّنُ في الرِّبْحِ قبلَ تَعَيُّنِ رَأسِ المالِ، ورَأسُ المالِ لم يَتَعَيَّنْ إلاّ بتَعْيينِ مِلْكِ المُضارِبِ في الرِّبْحِ.

وكذلك لو كان في يَدِ المُضارِبِ عشرونَ عبدًا، قيمةُ كُلِّ واحدٍ منهم ألفُ درهَم، ورَأسُ المالِ ألفُ درهَم، أنّه لا يجوزُ عِتْقُه في واحدٍ منهم؛ لأنّه لا يَتَعَيَّنُ للمُضارِبِ في واحدٍ منهم مِلْكٌ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهم يَصْلُحُ أنْ يكونَ هو رَأسَ المالِ، فإذا لم يَمْلِكْ شيئًا منهم لم يَنْفُذْ إعتاقُه.

من مَشايخِنا مَنْ قال: هذا على أصلِ أبي حنيفةَ: أنّ العَبيدَ والجواريَ لا يُقْسَمونَ قسمةً واحدةً، بل كُلُّ شَخْصٍ يُقْسَمُ على حِدةٍ؛ لأنّ العَبيدَ والجواريَ بمنزِلةِ أجناسٍ مُخْتَلِفةٍ من سائرِ الأموالِ، ولا يَتَعَيَّنُ للمُضارِبِ مِلْكٌ في الأجناسِ المُخْتَلِفةِ من العُروضِ ونحوِها.

فأمّا على أصلِ أبي يوسفَ ومحمّدٍ أنّهم يُقْسَمونَ قسمةً واحدةً بمنزِلةِ الدَّوابِّ، فظَهَرَ

الرِّبْحُ فيَنْفُذُ إعتاقُه في قدرِ نَصيبه من الرِّبْحِ .

وقال بعضُ مَشايخِنا: إنّ هذا بالاتِّفاقِ ؛ لأنّ عندَهما إنّما يَقْسِمُ القاضي قسمةً واحدةً إذا رَأى القاضي ذلك ، فأمّا قبلَ ذلك فلا ، بل العَبيدُ بمنزلةِ الأجناسِ المُخْتَلِفةِ ؛ لِهذا لا يَصِحُّ التّوْكيلُ بشِراءِ عبدٍ بدونِ بيانِ الثّمَنِ بالاتِّفاقِ ، كالتّوْكيلِ بشِراءِ ثوبٍ ؛ لِهذا لو كانت العَبيدُ للخِدْمةِ بين اثنيْنِ ، لا تَجِبُ على أحدِهما صَدَقةُ الفِطْرِ بسببهم في عامّةِ الرِّواياتِ .

والأصلُ أنّ مالَ المُضارَبةِ إذا كان من جنسٍ واحدٍ ، وفيه فضْلٌ عن رَأسِ المالِ ، أنّه يُضَمُّ بعضُه إلى بعضٍ ، ويَتَعَيَّنُ نَصيبُ المُضارِبِ فيما زادَ على رَأسِ المالِ ، وإذا كان من جنسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ، كُلُّ واحدٍ منهما مثلُ رَأسِ المالِ لا يُضَمُّ أحدُهما إلى الآخَرِ ، فلا يَتَعَيَّنُ للمُضارِبِ في أحدِهما مِلْكٌ ؛ لاشْتِغالِ كُلِّ واحدٍ منهما برَأسِ المالِ .

وقد قالوا في هذه المسالةِ: إنّ رَبَّ المالِ لو أعتقَ العَبيدَ نَفَذَ إعتاقُه في جميعِهم ؛ لأنّه إذا لم يَتَعَيَّنْ للمُضارِبِ في واحدٍ منهم مِلْكٌ ، نَفَذَ على رَبِّ المالِ ، فإذا أعتقَهم بلَفْظةٍ واحدةٍ عَتَقوا ، ويَضْمَنُ حِصّةَ المُضارِبِ فيهم سَواءٌ كان موسِرًا أو مُعْسِرًا .

(أمّا) الضَّمانُ فلأنّ المُضارِبَ وإنْ لم يَمْلِكْ شيئًا من العَبيدِ ، فقد كان له حَقٌّ أنْ يَتَمَلَّكَ ، وقد أفسَدَه عليه رَبُّ المالِ فيَضْمَنُ ، وإنّما استوَى فيه اليَسارُ والإعسارُ ؛ لأنّه أعتَقَ الكُلَّ مُباشَرةً ، ونَفَذَ إعتاقُه في الكُلِّ ، فصارَ مُتْلِفًا المالَ عليه ، بخلافِ ضَمانِ العِتْقِ ؛ لأنّه يَعْتِقُ نَصيبُ المُعْتَقِ ابْتِداءً ، ثم يَسْري إلى نَصيبِ الشَّريكِ على أصلِ أبي يوسفَ ومحمّدٍ ؛ لِذلك اختلَفَ فيه اليَسارُ والإعسارُ .

وكذلك لو اشترى المُضارِبُ عبدًا من مالِ المُضارَبةِ ، فادَّعى أنّه ابنُه أنّه إنْ لم يَكُنْ فيه فضْلٌ لم تَجُزْ دَعْوَتُه ، وإنْ كان فيه فضْلٌ جازَتْ دَعْوَتُه وعَتَقَ ؛ لأنّ هذه دَعْوةُ تَحْريرٍ ، وأنّها مَبنيّةٌ على المِلْكِ ، فإذا لم يَكُنْ فيه فضْلٌ فازْدادَتْ قيمةُ رَأسِ المالِ بعدَ ذلك ، فظَهَرَ فيه فضْلٌ ، جازَتْ دَعْوَتُه وعَتَقَ عليه ، وكان كعبدٍ بين اثنيْنِ عَتَقَ على أحدِهما نَصيبُه بغيرِ فعلِه ، بأنْ ورِثَ نَصيبَه ، وإنّما كان كذلك ؛ لأنّه لَمّا ادَّعى النّسَبَ ولا مِلْكَ له في الحالِ ، كانت دَعْوَتُه موقوفةً على المِلْكِ ، فإذا ازْدادَتْ قيمَتُه فقد مَلَك جُزْءًا منه ، فنَفَذَتْ دَعْوَتُه فيه ، كمَنِ ادَّعى النّسَبَ في مِلْكِ غيرِه ثم مَلَك أنّه تَنفُذُ دَعْوَتُه ، بخلافِ ما إذا أعتقَه ثم ازْدادَتْ قيمَتُه ، أنّه لا يَنفُذُ إعتاقُه ؛ لأنّ إنْشاءَ الإعتاقِ في مِلْكِ الغيرِ لا يَتَوَقَّفُ ، كمَنْ أعتقَ

مِلْكَ غيرِه ثم مَلكه، ولا ضَمانَ على المُضارِبِ في ذلك؛ لأنّ العبدَ عَتَقَ من غيرِ صُنْعِه؛ لأنّه عَتَقَ بزيادةِ القيمةِ، والعبدُ المُشترَكُ إذا عَتَقَ على أحدِ الشَّريكينِ بغيرِ فعلِه، لا يَضْمَنُ لِلشَّريكِ شيئًا.

ولو اشترى أمةً قيمَتُها ألفٌ، ورَأسُ المالِ ألفٌ، فوَلَدَتْ ولَدًا يُساوي ألفًا، فادَّعى الولَدَ، لا يكونُ ولَدُه، ولا تكونُ الأُمُّ أمَّ ولَدٍ له؛ لأنّه ليس لأحدِهما فضْلٌ على رَأسِ المالِ هكذا ذَكَرَ الكَرْخيُّ.

وذَكَرَ القُدوريُّ رحمه الله أنّ هذا مَحْمولٌ على أنّها عَلِقَتْ قبلَ أنْ يَشتريَها، فأمّا إذا كان العُلوقُ بعدَ الشِّراءِ فحُكْمُ المسألةِ يَتغَيَّرُ؛ لأنّ المُضارِبَ يَغْرَمُ العُقْرَ مِائةً، فإذا استَوْفاها رَبُّ المالِ منه جعل المُسْتَوْفَى من رَأسِ المالِ، فيُنْتَقَصُ رَأسُ المالِ وصارَ تِسْعَمِائةٍ، فيَتعَيَّنُ للمُضارِبِ مِلْكٌ فيهما جميعًا، فنَفَذَتْ دَعْوَتُه، ويَثْبُتُ النّسَبُ، وإذا ثَبَتَ النّسَبُ ضَمن المُضارِبُ من قيمةِ الأُمِّ سَبْعَمِائةٍ، حتى يَسْتَوْفيَ رَبُّ المالِ تَمامَ رَأسِ مالِه، ثم يَغْرَمُ خمسينَ درهَمًا وهو تَمامُ ما بَقيَ من الأُمِّ، فظَهَرَ أنّ الولَدَ رِبْحٌ بينهما فيَعْتِقُ نصفُ الولَدِ من المُضارَبةِ، ويَسْعَى في النِّصْفِ لِرَبِّ المالِ.

قال عيسى بن أبان: إنّ هذا الجوابَ هو الصّحيحُ.

وذَكَرَ محمّدٌ في الأصلِ مسألةً أُخرى طَعَنَ فيها عيسَى، وهو ما إذا اشترى جاريةً بألفِ درهَمٍ تُساوي ألفًا، فوَلَدَتْ ولَدًا يُساوي ألفًا، فادَّعاه المُضارِبُ، لم يَثْبُتْ نَسَبُه ويَغْرَمُ العُقْرَ، فإنْ زادَتْ قيمةُ الولَدِ حتى صارَتْ ألفَيْنِ يَثْبُتُ النّسَبُ من المُضارِبِ؛ لأنّه مَلك بعضَه لِظُهورِ الرِّبْحِ في الولَدِ بزيادةِ قيمَتِه، فيَعْتِقُ رُبْعَه عليه، ولا ضَمانَ عليه؛ لأنّه عِتْقٌ بزيادةِ القيمةِ، ولا صُنْعَ له فيها، ويَسْعَى العبدُ في ثلاثةِ أرباعِ قيمَتِه لِرَبِّ المالِ، والجاريةُ على حالِها لم تَصِرْ أمَّ ولَدٍ للمُضارِبِ ما لم يَسْتَوْفِ رَبُّ المالِ العُقْرَ والسِّعايةَ؛ لأنّ المُضارِبَ لا يَظْهَرُ له الرِّبْحُ في الجاريةِ حتى يَصِلَ إلى رَبِّ المالِ شيءٌ من المالِ، فلا يَمْلِكُ شيئًا منها ولا صِحّةَ لِلاستيلادِ بدونِ المِلْكِ.

ولو لم تَزِدْ قيمةُ الولَدِ، ولكِنْ زادَتْ قيمةُ الأُمِّ فصارَتْ ألفَيْنِ، فإنّ الجاريةَ أُمُّ ولَدٍ له؛ لِظُهورِ الرِّبْحِ فيها بزيادةِ قيمَتِها، وعلى المُضارِبِ ثلاثةُ أرباعِ قيمَتِها لِرَبِّ المالِ، وإنْ لم يَكُنْ له صُنْعٌ فيها؛ لأنّ ضَمانَها ضَمانُ تَمَلُّكٍ؛ لِهذا استَوَى فيه اليَسارُ والإعسارُ، فيَسْتَوي

أنْ يكونَ بفعلِه، أو من طريقِ الحُكْمِ، ولا يَثْبُتُ نَسَبُ الولَدِ من المُضارِبِ؛ لأنّه لم يَمْلِكْ من الولَدِ شيئًا ما لم يَأخُذْ رَبُّ المالِ شيئًا من رَأسِ مالِه.

ولو زادَتْ قيمَتُهما جميعًا فصارَتْ قيمةُ كُلِّ واحدٍ منهما ألفَ درهَم، يَثْبُتُ نَسَبُ الولَدِ، وتَصيرُ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له؛ لأنّه مِلْكُ بعضِ كُلِّ واحدٍ منهما؛ لأنّه ظَهَرَ الفضْلُ في كُلِّ واحدٍ منهما بزيادةِ قيمَتِه، ويَضْمَنُ المُضارِبُ لِرَبِّ المالِ تَمامَ قيمةِ الجاريةِ ألفَيْ درهَم، وعُقْرَ مِائةِ درهَم، فظَهَرَ أنّ رَبَّ المالِ استَوْفَى رَأسَ مالِه، واستَوْفَى من الرِّبْحِ ألفًا ومِائةً، وللمُضارِبِ أنْ يَسْتَوْفيَ من رِبْحِ الولَدِ مقدارَ ألفٍ ومِائةٍ فعَتَقَ الولَدُ منه بذلك المقدارِ، وبَقيَ من الولَدِ مقدارُ تِسْعِمِائةٍ رِبْحٌ بينهما؛ لأنّ لِكُلِّ واحدٍ منهما أربَعَمِائةٍ وخمسينَ [1]، فما أصابَ المُضارِبَ عَتَقَ، وما أصابَ رَبَّ المالِ سَعَى فيه الولَدُ.

قال عيسَى: هذا الجوابُ خَطَأٌ، والصّحيحُ أنْ يُقال: يَضْمَنُ المُضارِبُ من الأُمِّ ثلاثةَ أرباعِ قيمَتِها ونصفَ العُقْرِ، وبَقيَ الولَدُ رِبْحًا بينهما، يَسْعَى في نصفِ قيمَتِه لِرَبِّ المالِ، ويَسْقُطُ عنه النِّصْفُ بحِصّةِ المُضارِبِ.

قال القُدوريُّ رحمه الله: هذا الذي ذَكَرَه عيسَى هو جوابُ محمّدٍ في المسألةِ التي قَدَّمْناها، إذا لم تَزِدْ قيمةُ كُلِّ واحدٍ منهما.

وعلى قياس ما قال محمّدٌ في المسألةِ: الزّيادةُ تَجِبُ أنْ يقولَ: إذا لم تَزِدْ قيمَتُها يَنْبَغي أنْ يَغْرَمَ المُضارِبُ ألفًا ومِائةً، ثم يَسْتَوْفي المُضارِبُ من الولَدِ مِائةً، وبَقيَ تِسْعُمِائةٍ بينهما، فمن أصحابِنا مَنْ قال: القياسُ ما أجابَ به في المسألةِ التي لم تَزِدِ القيمةُ فيها.

ووجهُه أنّ المُضارِبَ لا يَغْرَمُ بعدَما غَرِمَ تَمامَ رَأسِ مالِه، إلاّ نصفَ ما بَقيَ من الأُمِّ؛ لأنّ نصفَ ما بَقيَ من الأُمِّ رِبْحٌ بينهما، فلا يجوزُ أنْ يَغْرَمَ الكُلَّ، والذي أجابَ به في المسألةِ الزّيادةِ هو الاستحسانُ؛ لأنّ في غُرْمِ تَمامِ قيمةِ الجاريةِ تَكْثيرُ العِتْقِ، والعِتْقُ والرِّقُّ إذا اجتَمَعا غَلَبَتِ الحُرّيّةُ الرِّقَّ.

ومن أصحابِنا مَنْ قال: إنّما افْتَرَقَتِ المسألَتانِ لِوَصْفِهِما؛ لأنّ سببَ العِتْقِ في مسألةِ الزّيادةِ زيادةُ قيمةِ الولَدِ، وفي المسألةِ الأُخرى سببُ العِتْقِ قبضُ رَبِّ المالِ العُقْرَ، فلَمّا

---

(١) في المطبوع: «وخمسون».

شارَكَ رَبُّ المالِ المُضارِبَ في سببِ عِتْقِه أنْ يجْتَمِعَ رِبْحُه في الجاريةِ.

(وأمّا) في المسألةِ الأُخرى لَمّا كان عِتْقُه بسببِ الزّيادةِ، صَرَفَ نَصيبَ رَبِّ المالِ إلى الجاريةِ؛ لأنّ المُضارِبَ قد مَلكها، وقد قيلَ أيضًا: إنّ في تلك المسألةِ إنّما قَصَدَ تَكْثيرَ العِتْقِ، وفي المسألةِ الأُخرى إذا لم تَزِدِ القيمةُ لا يَتَبَيَّنُ تَكْثيرُ العِتْقِ؛ لأنّ الفضْلَ فيما بينهما مقدارُ نصفِ العُشْرِ، فلا يَتَبَيَّنُ بذلك المقدارِ تكْثيرُ العِتْقِ.

وقد قالوا في المضارِبِ: إذا اشترى جاريةً بألفٍ فوَلَدَتْ ولَدًا يُساوي ألفًا، فادَّعاه رَبُّ المالِ ثَبَتَ النّسَبُ وعَتَقَ الولَدُ، وصارَتِ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له، وانتَقَضَتِ المُضارَبةُ، ولا ضَمانَ عليه؛ لأنّ دَعْوَتَه صادَفَتْ مِلْكَه، فثَبَتَ النّسَبُ واستَنَدَتِ الدَّعْوةُ إلى وقتِ العُلوقِ، ولا قيمةَ للوَلَدِ في ذلك الوقْتِ، ولا فضْلَ في المالِ، فلا تَجِبُ عليه القيمةُ، ولا العُقْرُ؛ لأنه وطِئَ مِلْكَ نفسِه،] [1] وليس له أنْ يُزَوِّجَ عبدًا ولا أمةً من مالِ المُضارَبةِ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ عليهما الرَّحْمةُ، وعند أبي يوسفَ رحمه الله: يُزَوِّجُ الأمةَ ولا يُزَوِّجُ العبدَ وقد ذَكَرْنا المسألةَ في موضِعٍ آخَرَ.

ورَوَى ابنُ رُسْتُمَ عن محمّدٍ أنّه ليس له أنْ يُزَوِّجَ أمةً من مال المُضارَبة؛ لأنّه لا يَمْلِكُ أنْ يَشتريَ شيئًا من مالِ المُضارَبةِ لِنفسِه، فلا يَمْلِكُ أنْ يَعْقِدَ على جاريةِ المُضارَبةِ لِنفسِه، فإنْ تزوّجَ بإذنِ رَبِّ المالِ فهو جائزٌ، إذا لم يَكُنْ في المالِ رِبْحٌ وقد خَرَجَتْ من المُضارَبةِ.

أمّا الجوازُ فلأنّه إذا لم يَكُنْ في المالِ [2] رِبْحٌ لم يَكُنْ للمُضارِبِ فيها مِلْكٌ، وإنّما له حَقُّ التّصرُّفِ، وأنّه لا يَمْنَعُ النّكاحَ كالعبدِ المأذونِ.

(وأمّا) خُروجُ الأمةِ عن المُضارَبةِ، فلأنّ العادةَ أنّ مَنْ تزوّجَ أمةً حَصَّنَها ومَنَعَها من الخُروجِ والبروزِ، والمُضارَبةُ تَقْتَضي العَرْضَ على البيعِ وإبْرازَها للمُشتري، وكان اتِّفاقُهما على التّزْويجِ إخْراجًا [منهما] [3] إيّاها عن المُضارَبةِ، ويَحْسِبُ مقدارَ قيمَتِها من رَأسِ المالِ؛ لأنه لَمّا أخْرَجَها من المُضارَبةِ صارَ كأنّه استَرَدَّ ذلك القدرَ من رَأسِ المالِ، وقد قال الحسَنُ بنُ زيادٍ عن أبي حنيفةَ: إنّ المُضارِبَ لا يَمْلِكُ أنْ يُزَوِّجَ أمةً من المُضارَبةِ

---

(١) هنا انتهى السقط المشار إليه آنفًا.
(٢) في المخطوط: «المضاربة».
(٣) زيادة من المخطوط.

لِعبدٍ من المُضارَبةِ؛ لأنّ تَصرُّفَ المُضارِبِ يختصُّ بالتِّجارةِ، والتّزْويجُ ليس من التِّجارةِ.

وذَكَرَ القُدوريُّ رحمه الله وقال: يَنْبَغي أنْ يكونَ هذا قولهم؛ لأنّ عند أبي يوسفَ: إنْ كان يَمْلِكُ تَزْويجَ الأمةِ، لا يَمْلِكُ تَزْويجَ العبدِ.

ولو أخذ المُضارِبُ نَخْلاً أو شَجَرًا أو رطابا [١] مُعامَلَةً على أنْ يُنْفِقَ من المالِ، لم يجُزْ على رَبِّ المالِ، وإنْ كان قال له رَبُّ المالِ حينَ دَفَعَ [المال] [٢] إليه: اعمَلْ فيه [٣] برَأيِكَ؛ لأنّ الأخْذَ منه مُعامَلةً عقدٌ على مَنافِعِ نفسِه، ومَنافعُ نفسِ المُضارِبِ لا تَدْخُلُ تَحْتَ عقدِ المُضارَبةِ، فصارَ كما لو أجَّرَ نفسَه للخِدْمةِ، ولا يُعْتَبَرُ ما شَرَطَ من الإنْفاقِ؛ لأنّ ذلك ليس بمَعْقودٍ عليه، بل هو تابعٌ للعملِ، كالخيْطِ في إجارةِ الخيّاطِ والصِّبْغِ في الصِّباغةِ.

وكذا لا يُعْتَبَرُ قولُه: اعمَلْ برَأيِكَ لِما ذَكَرْنا أنّ ذلك يُفيدُ تفويضَ الرَّأيِ إليه في المُضارَبةِ، والمُضارَبةُ تَصرُّفٌ في المالِ، وهذا عقدٌ على مَنافعِ نفسِه، ومَنافعُ نفسِ المُضارِبِ لا يجوزُ أنْ يَسْتَحِقَّ بَدَلَها رَبُّ المالِ.

ولو أخذ أرضًا مُزارَعةً على أنْ يَزْرَعَها، فما خَرَجَ من ذلك كان نصفَيْنِ، فاشترى طَعامًا ببعضِ المُزارَعةِ فزرَعَه، قال محمّدٌ: هذا يجوزُ إنْ [كان] [٤] قال له: اعمَلْ برَأيِكَ وإنْ لم يَكُنْ قال له: اعمَلْ برَأيِكَ لم يجُزْ؛ لأنّه يوجِبُ حَقًّا لِرَبِّ الأرضِ في مالِ رَبِّ المالِ، فيَصيرُ كأنّه (شارَكَه بمالِ) [٥] المُضارَبةِ وإنّه لا يَمْلِكُ الإشْراكَ بإطْلاقِ العقدِ ما لم يَقُلْ: اعمَلْ برَأيِكَ فإذا قال: مَلك كذا هذا.

و[قد] [٦] قال الحسَنُ بنُ زيادٍ: إنّ الأرضَ والبَذْرَ والبَقَرَ إذا كان من قِبَلِ رَبِّ الأرضِ، والعملُ على المُضارِبِ [٧]، لم يَكُنْ ذلك على المُضارَبةِ بل يكونُ [٨] للمُضارِبِ خاصّةً، لِما ذَكَرْنا أنّه عقدٌ على مَنافعِ نفسِه، فكان له بَدَلُ مَنافعِ نفسِه، فلا يَسْتَحِقُّه رَبُّ المالِ، وكذلك إذا شَرَطَ البَقَرَ على المُضارِبِ؛ لأنّ العقدَ وقَعَ على مَنْفَعَتِه، وإنّما البَقَرُ [٩] آلةُ

(١) في المطبوع: «رطبة».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «في ذلك».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «شارك في مال».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «المضاربة».
(٨) في المخطوط: «كان».
(٩) في المخطوط: «البذر».

العملِ، والآلةُ تبَعٌ ما لم يَقَعْ عليها العقدُ.

ولو دَفَعَ المُضارِبُ أرضًا [١] بغيرِ بَذْرٍ مُزارَعةً جازَتْ [٢]، سَواءٌ قال [له] [٣]: اعمَلْ برَأيِكَ أو لم يَقُلْ؛ لأنّه لم يوجِبْ [٤] شَرِكةً في مالِ رَبِّ المالِ، إنّما آجر أرضَه، والإجارةُ داخِلةٌ تَحْتَ عقدِ المُضارَبةِ واللَّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

(وأمّا) القسمُ الذي للمُضارِبِ أنْ يعملَه إذا قيلَ له: اعمَلْ برَأيِكَ وإنْ [٥] لم يَنُصَّ عليه، فالمُضارَبةُ والشَّرِكةُ [٦] والخلْطُ، فلَه أنْ يَدْفَعَ مالَ المُضارَبةِ مُضارَبةً إلى غيرِه، وأنْ يُشارِكَ غيرَه في مالِ المُضارَبةِ شَرِكةَ عِنانٍ، وأنْ يخلِطَ مالَ المُضارَبةِ بمالِ نفسِه، إذا قال له رَبُّ المالِ: اعمَلْ برَأيِكَ وليس له أنْ يعملَ شيئًا من ذلك، إذا لم يَقُلْ له ذلك.

أمّا المُضارَبةُ فلأنّ المُضارَبةَ مثلُ المُضارَبةِ والشّيءُ لا يَسْتَتْبِعُ مثلَه، فلا يُسْتَفادُ بمُطْلَقِ عقدِ المُضارَبةِ مثلُه، ولِهذا لا يَمْلِكُ الوكيلُ التّوْكيلَ بمُطْلَقِ العقدِ كذا هذا.

(وأمّا) الشَّرِكةُ فهي أولى أنْ لا يَمْلِكَها بمطلق العقدِ؛ لأنّها أعَمُّ من المُضارَبةِ، والشّيءُ لا يَسْتَتْبِعُ مثلَه، فما فوْقَه أولى.

(وأمّا) الخلْطُ فلأنّه يوجِبُ في مالِ رَبِّ المالِ حَقًّا لِغيرِه، فلا يجوزُ إلاّ بإذنِه، وإنْ لم يَقُلْ له ذلك، فدَفَعَ المُضارِبُ مالَ المُضارَبةِ مُضارَبةً إلى غيرِه فالأمر [٧]: لا يخلو من وُجوهٍ، إمّا أنْ كانت المُضارَبَتانِ صَحيحَتَيْنِ، وإمّا أنْ كانتا فاسدَتَيْنِ، وإمّا أنْ كانت إحداهما صَحيحةً، والأُخرى فاسدةً، فإنْ كانتا صَحيحَتَيْنِ فإنّ المالَ لا يكونُ مضمونًا على المُضارِبِ الأوّلِ بمُجَرَّدِ الدَّفعِ إلى [٢/ ٢٦٦أ] الثّاني، حتى لو هَلك المالُ في يَدِ الثّاني قبلَ أنْ يعملَ يَهْلَكُ أمانةً وهذا قولُ أصحابِنا الثّلاثةِ، وقال زُفَرُ: يَصيرُ مضمونًا بنفسِ الدَّفْعِ، عَمِلَ الثّاني أو لم يعملْ، وإذا هَلك قبلَ العملِ يَضْمَنُ، وهو رِوايةٌ عن أبي يوسفَ أيضًا.

-(وجه) قولِ زُفَرَ: أنّ رَبَّ المالِ إذا لم يَقُلْ للمُضارِبِ: اعمَلْ برَأيِكَ لم يَمْلِكْ دَفْعَ المالِ مُضارَبةً إلى غيرِه، فإذا دَفَعَ صارَ بالدَّفْعِ مُخالفًا، فصارَ ضامِنًا [٨] كالمودَعِ إذا

---

(١) في المطبوع: «أيضًا».
(٢) في المخطوط: «جاز».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «يقل».
(٥) في المخطوط: «أو».
(٦) في المخطوط: «والمشاركة».
(٧) في المطبوع: «فنقول».
(٨) في المخطوط: «مضمونًا عليه».

أودِعَ، (ولَنا) أنّ مُجرَّدَ الدَّفْعِ إيداعٌ منه، وهو يَمْلِكُ إيداعَ مالِ المُضارَبةِ، فلا يَضْمَنُ بالدَّفْعِ.

ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ رحمه الله: أنّه لا ضَمانَ على الأوّلِ حتى يعملَ به الثّاني ويَرْبَحَ، فإذا عَمِلَ به وربِحَ كان ضامِنًا حينَ رَبِحَ، وإنْ عَمِلَ (في المالِ) [1] فلم يَرْبَحْ حتى ضاعَ من يَدِه، فلا ضَمانَ عليه.

ورَوَى محمّدٌ عن أبي يوسفَ أنّه لا ضَمانَ عليه حتى يعملَ الثّاني [2]، فإذا عَمِلَ ضَمِن، رَبِحَ الثّاني أو لم يَرْبَحْ، وهَكذا رَوَى ابنُ سِماعةَ والفضْلُ بنُ غانِمٍ، عن أبي يوسفَ، وهو قولُ محمّدٍ رحمه الله وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطَّحاويِّ: أنّ هذا ظاهرُ الرِّوايةِ عن أبي حنيفةَ رحمه الله.

(وجه) قولِهما إنّه لَمّا عَمِلَ فقد تَصرَّفَ في المالِ بغيرِ إذنِ المالِكِ، فيتعلق به الضَّمانُ سَواءٌ رَبِحَ أو لم يَرْبَحْ ولأبي حنيفةَ: أنه لا سَبيلَ إلى التّضْمينِ بالدَّفْعِ؛ لأنّه إيداعٌ وإبْضاعٌ، ولا بالعملِ؛ لأنّه ما لم يَرْبَحْ فهو في حُكْمِ المُبْضَعِ، والمُبْضِعُ لا يَضْمَنُ بالعملِ، ولا يجوزُ أنْ يَضْمَنَ بالشّرطِ؛ لأنّه مُجرَّدُ قولٍ، ومُجرَّدُ القولِ في مِلْكِ الغيرِ، لا يَتَعَلَّقُ به ضَمانٌ؛ لَكِنّه إذا رَبِحَ فقد ثَبَتَ له شَرِكةٌ في المالِ بإثْباتِ المُضارِبِ الأوّلِ، فصارَ الأوّلُ مُخالِفًا فيَضْمَنُ، كما لو خَلَطَ مالَ المُضارَبةِ بغيرِه، أو شارَكَ به، وإذا وجَبَ الضَّمانُ بالعملِ والرِّبْحِ أو بنفسِ العملِ على اختِلافِهم في ذلك، فرَبُّ المالِ بالخيارِ إنْ شاء ضَمَّنَ الأوّلَ، وإنْ شاء ضَمَّنَ الثّاني.

أمّا على أصلِ أبي يوسفَ ومحمّدٍ في المودِعِ إذا أودَعَ، فظاهرٌ لِوُجودِ [3] سببِ وُجوبِ الضَّمانِ من كُلِّ واحدٍ منهما؛ لأنّ الأوّلَ تَعَدَّى بالدَّفْعِ، والثّاني تَعَدَّى بالقبضِ، فصارَ عندَهما كالمودِعِ إذا أودَعَ.

وأمّا على أصلِ أبي حنيفةَ في مسألةِ الوديعةِ فيَحْتاجُ إلى الفرْقِ؛ لأنّ الضَّمانَ عندَه على المودِعِ الأوّلِ، لا على الثّاني، وفي مسألةِ المُضارَبةِ أثبَتَ له خيارَ تَضْمينِ الثّاني [4]؛ لأنّ المُضارِبَ الثّاني يعملُ في المالِ لِمَنْفَعةِ نفسِه، وهي الرِّبْحُ، فكان عامِلاً لِنفسِه، فجازَ أنْ

---

(١) في المخطوط: «بالمال».

(٢) في المخطوط: «بالثاني».

(٣) في المخطوط: «لوجوب».

(٤) في المخطوط: «الأول».

يَضْمَنَ والمودِعُ الثّاني لم يَقْبِضْ لِمَنْفَعةِ نفسِه، بل لِمَنْفَعةِ الأوّلِ؛ لِحِفْظِ الوديعةِ فلم يَضْمَنْ، فإنْ ضَمن المُضارِبُ الأوّلُ لا يرجعُ بما ضَمن على الثّاني، وصَحَّتِ المُضارَبةُ بين الأوّلِ و[بين] (١) الثّاني، والرِّبْحُ على ما شَرَطا؛ لأنّه لَمّا تَقَرَّرَ الضَّمانُ على الأوّلِ، فقد مَلَك المضمونَ، وصارَ كأنّه دَفَعَ مالَ نفسِه مُضارَبةً إلى الثّاني، فكان الرِّبْحُ على ما شَرَطا؛ لأنّ الشّرطَ قد صَحَّ، وإنْ ضَمن الثّاني رجع (٢) بما ضَمن على الأوّلِ، وصارَ حاصِلُ الضَّمانِ على الأوّلِ؛ لأنّ الأوّلَ غَرَّه بالعقدِ، فصارَ مَغْرورًا من جِهَتِه، فكان له أنْ يرجعَ عليه بما ضَمن، كمودِعِ الغاصِبِ، وهو ضَمانُ كفالةٍ في الحقيقةِ؛ لأنّ الأوّلَ التَزَمَ له سَلامةَ المقبوضِ عن الضَّمانِ، ولم يُسَلِّمْ له، بخلافِ الرَّهْنِ، وهو ما إذا غَصَبَ رجلٌ شيئًا فرَهَنَه فهَلك في يَدِ المُرْتَهِنِ، فاختارَ المالِكُ تَضْمينَ المُرْتَهِنِ أنّه يرجعُ على الرّاهِنِ بما ضَمن، ولا يَصِحُّ عقدُ الرَّهْنِ.

ووجه الفرْقِ أنّ قبضَ المَرْهونِ شرطُ صِحّةِ الرَّهْنِ، ولَمّا ضَمن المُرْتَهِنُ تَبَيَّنَ أنّ قبضَه لم يَصِحَّ، فتَبَيَّنَ أنّ الرَّهْنَ لم يَصِحَّ، إذْ لا صِحّةَ له (٣) بدونِ القبضِ، فأمّا في المُضارَبةِ فيَضْمَنُ الثّاني إبطالَ القبضِ بعدَ وُجودِه؛ لأنّ المُضارَبةَ عقدٌ جائزٌ فكان لِبَقائه حُكْمُ الابْتِداءِ، كأنّه ابْتَدَأ العقدَ بعدَ أداءِ الضَّمانِ، فكان التّضْمينُ إبطالَ القبضِ بعدَ وُجودِه، وذلك لا يُبْطِلُ المُضارَبةَ.

ألا تَرى أنّ المُضارِبَ لو باع المالَ من رَبِّ المالِ لا تَبْطُلُ المُضارَبةُ وإنْ بَطَلَ قَبْضَه ولو رَدَّ المُرْتَهِنُ الرَّهْنَ على الرّاهِنِ يَبْطُلُ الرَّهْنُ لِذلك افْتَرَقا.

وذَكَرَ ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ أنّه يَطيبُ الرِّبْحُ للأسْفَلِ، ولا يَطيبُ للأعلى على قياس قولِ أبي حنيفةَ عليه الرَّحْمةُ؛ لأنّ استحقاقَ الأسْفَلِ بعملِه، ولا خَطَرَ في عملِه، فيَطيبُ له الرِّبْحُ.

فأمّا الأعلى فإنّما يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ برَأْسِ المالِ، والمِلْكُ (٤) في رَأْسِ المالِ إنّما حَصَلَ له بالضَّمانِ، فلا يخلو عن نوعِ خُبْثٍ (٥)، فلا يَطيبُ له وإنْ كانتا فاسدَتَيْنِ فلا ضَمانَ على

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «يرجع».
(٣) في المخطوط: «لها».
(٤) في المخطوط: «والمالك».
(٥) في المخطوط: «حنث».

واحدٍ منهما؛ لأنّ الأوّلَ أجيرٌ في مالِ المُضارَبةِ، والثّاني أجيرُ الأوّلِ، فصارَ كمَنِ استأجَرَ رجلاً يعملُ في مالِه، فاستأجَرَ الأجيرُ رجلاً.

وإنْ كانت إحداهما صَحيحةً والأُخرى فاسدةً، فإنْ كانت الأولى صَحيحةً والأُخرى فاسدةً فكذلك لا ضَمانَ على واحدٍ منهما وإنْ عَمِلَ المُضارِبُ الثّاني في المالِ؛ لأنّ المُضارِبَ الثّاني أجيرُ الأوّلِ، والأجيرُ لا يَسْتَحِقُّ شيئًا من الرِّبْحِ، فلم يَثْبُتْ له شَرِكةٌ في رَأسِ المالِ، فلا يجبُ [٢/ ٢٦٦ب] الضَّمانُ على الأوّلِ ولا على الثّاني؛ لأنّه لا ضَمانَ على الأجيرِ، وله أجرُ (مثلِ عملِه) (١) على المُضارِبِ الأوّلِ، وللمُضارِبِ الأوّلِ ما شَرَطَ له من الرِّبْحِ لِوُقوعِ المُضارَبةِ صَحيحةً، وإنْ كانت الأولى فاسدةً والثّانيةُ صَحيحةً فكذلك؛ لأنّ الأوّلَ أجيرٌ في مالِ المُضارَبةِ، فلا حَقَّ له في الرِّبْحِ، فلم يَنْفُذْ شرطُه فيه، فلا يَلْزَمُه الضَّمانُ إذِ الضَّمانُ إنّما يجبُ بإثْباتِ الشَّرِكةِ، ويكونُ الرِّبْحُ كُلُّه لِرَبِّ المالِ؛ لأنّه رِبْحٌ حَصَلَ في مُضارَبةٍ فاسدةٍ، وللمُضارِبِ الأوّلِ أجرُ مثلِه؛ لأنّ عملَ الثّاني وقَعَ له، فكأنّه عَمِلَ بنفسِه ولِلثّاني على الأوّلِ مثلُ ما شَرَطَ له من الرِّبْحِ؛ لأنّه عملُ مُضارَبةٍ صَحيحةٍ، وقد سَمَّى له أشياءَ، فهو مُسْتَحِقٌّ للغيرِ فيَضْمَنُ هذا، إذا لم يَقُلْ له رَبُّ المالِ: اعمَلْ برَأيِكَ فأمّا إذا قال له: (اعمَلْ برَأيِكَ) (٢) فلَه أنْ يَدْفَعَ مالَ المُضارَبةِ مُضارَبةً إلى غيرِه؛ لأنّه فوّضَ الرَّأيَ إليه، وقد رَأى أنْ يَدْفَعَه مُضارَبةً، فكان له ذلك.

ثم إذا عَمِلَ الثّاني وربِحَ، كيفَ يَقْسِمُ الرِّبْحَ؟ (فنَقولُ: جُمْلةُ) (٣) الكَلامِ فيه أنّ رَبَّ المالِ لا يخلو إمّا إنْ كان أطْلَقَ الرِّبْحَ في عقدِ المُضارَبةِ، ولم يُضِفْه (٤) إلى المُضارِبِ، بأنْ قال: على أنّ ما رَزَقَ الله تعالى من الرِّبْحِ فهو بيننا نصفانِ أو قال: ما أطْعَمَ الله تعالى من رِبْحٍ فهو بيننا نصفانِ.

وإمّا إنْ أضافَه إلى المُضارِبِ، بأنْ قال: على أنّ ما رَزَقَكَ الله تعالى من الرِّبْحِ (٥)، أو ما أطْعَمَكَ الله عَزَّ وجَلَّ من رِبْحٍ أو: على أنّ ما رَبِحتَ من شيءٍ، أو ما أصَبْتَ من رِبْحٍ، فإنْ أطْلَقَ الرِّبْحَ ولم يُضِفْه إلى المُضارِبِ، ثم دَفَعَ المُضارِبُ الأوّلُ المالَ إلى غيرِه

---

(١) في المخطوط: «مثله».
(٢) في المخطوط: «ذلك».
(٣) في المخطوط: «فجملة».
(٤) في المخطوط: «يضف».
(٥) في المخطوط: «ربح».

مُضارَبةً بالثُّلُثِ فربِحَ الثاني، فثُلُثُ جميعِ الرِّبْحِ لِلثّاني؛ لأنّ شرطَ الأوّلِ لِلثّاني قد صَحَّ؛ لأنّه يَمْلِكُ نصفَ الرِّبْحِ، فكان ثُلُثُ جميعِ الرِّبْحِ بعضَ ما يَسْتَحِقُّه الأوّلُ، فجازَ شرطُه لِلثّاني، فكان ثُلُثُ جميعِ الرِّبْحِ لِلثّاني، ونصفُه لِرَبِّ المالِ؛ لأنّ الأوّلَ لا يَمْلِكُ من نَصيبِ رَبِّ المالِ شيئًا، فانصَرَفَ شرطُه إلى نَصيبه لا إلى نَصيبِ رَبِّ المالِ، فبَقيَ نَصيبُ رَبِّ المالِ على حالِه، وهو النِّصْفُ، وسُدُسُ الرِّبْحِ للمُضارِبِ الأوّلِ؛ لأنّه لم يجْعَلْه لِلثّاني فبَقيَ له بالعقدِ الأوّلِ، ويَطيبُ له ذلك؛ لأنّ عملَ المُضارِبِ الثّاني وقَعَ له، فكَأنّه عَمِلَ بنفسِه، كمَنِ استَأجَرَ إنسانًا على خياطةِ ثوبٍ بدرهَمٍ، فاستَأجَرَ الأجيرُ مَنْ خاطَه بنصفِ درهَمٍ، طابَ له الفضْلُ؛ لأنّ عملَ أجيرِه وقَعَ له، فكَأنّه عَمِلَ بنفسِه، كذا هذا.

ولو دَفَعَ إلى الثّاني مُضارَبةً بالنِّصْفِ، فنصفُ الرِّبْحِ لِلثّاني، ونصفُه لِرَبِّ المالِ، ولا شيءَ للمُضارِبِ الأوّلِ؛ لأنّه جعل جميعَ ما يَسْتَحِقُّه وهو نصفُ الرِّبْحِ لِلثّاني، وصَحَّ جَعْلُه؛ لأنّه مالِكٌ لِلنِّصْفِ، والنِّصْفُ لِرَبِّ المالِ بالعقدِ الأوّلِ، وصارَ كمَنِ استَأجَرَ رجلًا على خياطةِ ثوبٍ بدرهَمٍ فاستَأجَرَ الأجيرُ مَنْ خاطَه بدرهَمٍ، ولو دَفَعَه إليه مُضارَبةً بالثُّلُثَيْنِ، فنصفُ الرِّبْحِ لِرَبِّ المالِ، ونصفُه للمُضارِبِ الثّاني، ويرجعُ الثّاني على الأوّلِ بمثلِ سُدُسِ الرِّبْحِ الذي شَرَطَه [1] له؛ لأنّ شرطَ الزّيادةِ إنْ لم يَنْفُذْ في حَقِّ رَبِّ المالِ لَمّا لم يَرْضَ لِنفسِه بأقَلَّ من نصفِ الرِّبْحِ، فقد صَحَّ فيما بين الأوّلِ والثّاني؛ لأنّ الأوّلَ غرَّ الثّاني بتسميةِ الزّيادةِ، والغُرورُ في العُقودِ من أسْبابِ وُجوبِ الضَّمانِ، وهو في الحقيقةِ ضَمانُ الكَفالةِ، وهو أنّ الأوّل صارَ مُلْتَزِمًا سَلامةَ هذا القدرِ لِلثّاني، ولم يُسَلِّمْ له فيَغْرَمُ لِلثّاني مثلَ سُدُسِ الرِّبْحِ، ولا يَصيرُ بذلك مُخالفًا؛ [لأنّ شرطَه لم يَنْفُذْ في حَقِّ رَبِّ المالِ، فالتَحقَ بالعَدَمِ في حَقِّه، فلا يَضْمَنُ وصارَ] [2] كمَنِ استَأجَرَ رجلًا لِخياطةِ ثوبٍ بدرهَمٍ، فاستَأجَرَ الأجيرُ مَنْ يَخيطُه بدرهَمٍ ونصفٍ أنّه يَضْمَنُ زيادةَ الأُجْرةِ كذا هذا.

ولو أضافَه إلى المُضارِبِ فدَفَعَه الأوّلُ مُضارَبةً إلى غيرِه بالثُّلُثِ، أو بالنِّصْفِ، أو بالثُّلُثَيْنِ، فجميعُ ما شَرَطَ لِلثّاني من الرِّبْحِ يُسَلَّمُ له، وما شَرَطَ للمُضارِبِ الأوّلِ من الرِّبْحِ يكونُ بينه وبين رَبِّ المالِ نصفَيْنِ، بخلافِ الفصلِ الأوّلِ.

ووجه الفرْقِ أنّ هاهنا شَرَطَ رَبُّ المالِ لِنفسِه نصفَ ما رَزَقَ الله تعالى للمُضارِبِ، أو

---

(١) في المخطوط: «شرط».

(٢) ليست في المخطوط.

نصفَ ما رَبِحَ المُضارِبُ، فإذا دَفَعَ (١) إلى الثّاني مُضارَبةً بالثُّلُثِ كان الذي رَزَقَ الله عَزَّ وجَلَّ المُضارِبَ الأوّلَ الثُّلُثَيْنِ، فكان الثُّلُثُ لِلثّاني والثُّلُثانِ بين رَبِّ المالِ وبين المُضارِبِ الأوّلِ نصفَيْنِ، لِكُلِّ واحدٍ منهما الثُّلُثُ وإذا دَفَعَ مُضارَبةً بالنِّصْفِ كان ما رَزَقَه (٢) الله تعالى للمُضارِبِ (٣) الأوّلِ النِّصْفَ، فكان النِّصْفُ لِلثّاني والنِّصْفُ بينهما نصفَيْنِ، وإذا دَفَعَه مُضارَبةً بالثُّلُثَيْنِ كان الذي رَزَقَه الله تعالى الثلث والثُّلُثانِ لِلثّاني، والثُّلُثُ بينهما، لِكُلِّ واحدٍ منهما السُّدُسُ وفي الفصلِ الأوّلِ رَبُّ المالِ إنّما شَرَطَ لِنفسِه نصفَ جميعِ ما رَزَقَ الله تعالى ونصفَ جميعِ الرِّبْحِ، وذلك يَنْصَرِفُ إلى كُلِّ الرِّبْحِ.

وكذا له أنْ يخلِطَ مالَ المُضارَبةِ بمالِ نفسِه؛ لأنّه فوّضَ الرَّأْيَ إليه، وقد رَأى الخلْطَ وإذا رَبِحَ قَسَّمَ الرِّبْحَ على المالينِ، فرِبْحُ مالِه يكونُ له خاصّةً، ورِبْحُ مالِ [٢/ ٢٦٧أ] المُضارَبةِ يكونُ بينهما على الشّرطِ.

وكذا له أنْ يُشارِكَ غيرَه شَرِكةَ عِنانٍ لِما قُلْنا، ويَقْسِمُ الرِّبْحَ بينهما على الشّرطِ؛ لأنّ الشّرطَ قد صَحَّ وإذا قَسَمَ الرِّبْحَ بينهما يكونُ مالُ المُضارَبةِ مع حِصّةِ (المُضارِبِ من الرِّبْحِ) (٤)، فيَسْتَوْفي منها رَبُّ المالِ رَأسَ مالِه، وما فضَلَ يكونُ بينهما على الشّرطِ.

وأمّا القسمُ الذي ليس للمُضارِبِ أنْ يعملَه (٥) أصلاً ورَأسًا، فشِراءُ ما لا يُمْلَكُ بالقبضِ وما لا يجوزُ بيعُه فيه إذا قَبَضَه.

أمّا الأوّلُ فنحوُ شِراءِ المَيْتةِ والدَّمِ والخمْرِ والخِنْزيرِ وأُمِّ الولَدِ والمُكاتَبِ والمُدَبَّرِ؛ لأنّ المُضارَبةَ تَتَضَمَّنُ الإذنَ بالتّصرُّفِ الذي يَحْصُلُ به الرِّبْحُ، والرِّبْحُ لا يَحْصُلُ إلاّ بالشِّراءِ والبيعِ، فما لا يُمْلَكُ بالشِّراءِ لا يَحْصُلُ فيه الرِّبْحُ، وما يُمْلَكُ بالشِّراءِ لَكِنْ لا يَقْدِرُ على بيعِه، لا يَحْصُلُ فيه (٦) الرِّبْحُ أيضًا، فلا يدخلُ تَحْتَ الإذنِ، فإنِ اشترى شيئًا من ذلك كان مُشتريًا لِنفسِه لا للمُضارَبةِ، فإنْ دَفَعَ فيه شيئًا من مالِ المُضارَبةِ يَضْمَنُ، وإنِ اشترى ثوبًا أو عبدًا، أو عَرَضًا من العُروضِ بشيءٍ مِمّا ذَكَرْنا سِوَى (٧) المَيْتةِ والدَّمِ، فالشِّراءُ على

---

(١) في المخطوط: «دفعه».
(٢) في المخطوط: «رزق».
(٣) في المخطوط: «المضارب».
(٤) في المخطوط: «الضارب».
(٥) في المخطوط: «يفعله».
(٦) في المخطوط: «منه».
(٧) في المخطوط: «فجعله».

المُضارَبةِ؛ لأنّ المَبيعَ هنا مِمّا يُمْلَكُ بالقبضِ ويجوزُ بيعُه، فكان هذا شِراءً فاسدًا والإذنُ بالشِّراءِ المُسْتَفادِ بعقدِ المُضارَبةِ يَتناوَلُ الصّحيحَ والفاسدَ.

وأمّا إذا كان الثَّمَنُ مَيْتةً أو دَمًا، فما (اشترى به) [١] لا يكونُ [على المُضارَبةِ؛ لأنّ المَيْتةَ والدَّمَ لا تُمْلَكُ بالقبضِ أصلاً.

وأمّا الثّاني فنحوُ أنْ يَشتريَ ذا رَحِم مَحْرَم من رَبِّ المالِ، فلا يكونُ] [٢] المُشترَى للمُضارَبةِ، بل يكونُ مُشتريًا لِنفسِه؛ لأنّه لو وقَعَ شِراؤُه للمُضارَبةِ لَعَتَقَ على رَبِّ المالِ، فلا يَقْدِرُ على بيعِه بعدَ ذلك ولا يَحْصُلُ المقصودُ من الإذنِ، فلا يدخلُ [٣] تَحْتَ الإذنِ.

ولو اشترى ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ من نفسِه، فإنْ لم يَكُنْ في المالِ رِبْحٌ فالشِّراءُ على المُضارَبةِ؛ لأنّه [إذا كان في المضاربة] [٤] لا مِلْكَ له فيه فيَقْدِرُ على بيعِه فيَحْصُلُ المقصودُ، وإنْ كان في المالِ رِبْحٌ لم يَكُنِ الشِّراءُ على المُضارَبةِ؛ لأنّه إذا كان في المُضارَبةِ رِبْحٌ يَمْلِكُ قدرَ نَصيبه من الرِّبْحِ فيَعْتِقُ ذلك القدرُ عليه، فلا يَقْدِرُ على بيعِه ولا على بيعِ الباقي لأنّه مُعْتَقُ البعضِ، وما لا يَقْدِرُ على بيعِه لا يكونُ للمُضارَبةِ لِما قُلْنا.

وأمّا المُضارَبةُ المُقيَّدةُ فحُكْمُها حُكْمُ المُضارَبةِ المُطْلَقةِ في جميعِ ما وصَفْنا، لا تُفارِقُها [٥] إلاّ في قدرِ القَيْدِ والأصلُ فيه أنّ القَيْدَ إنْ كان مُفيدًا يَثْبُتُ؛ لأنّ الأصلَ في الشُّروطِ اعتِبارُها ما أمكَنَ، وإذا كان القَيْدُ مُفيدًا كان يُمْكِنُ [٦] الاعتِبارُ فيُعْتَبَرُ؛ (لِقولِ النّبيِّ) [٧] ﷺ: «المسلمُونَ عندَ شرُوطِهم» [٨] فيَتَقَيَّدُ بالمذكورِ ويَبْقَى مُطْلَقًا فيما وراءَه على الأصلِ المَعْهودِ في المُطْلَقِ إذا قُيِّدَ ببعضِ المذكورِ، أنّه يَبْقَى مُطْلَقًا فيما وراءَه، كالعامِّ إذا خُصَّ منه بعضُه، أنّه يَبْقَى عامًّا فيما وراءَه، وإنْ لم يَكنْ مُفيدًا لا يَثْبُتُ بل يَبْقَى مُطْلَقًا؛ لأنّ ما لا فائدةَ فيه يَلْغو ويُلْحَقُ بالعَدَمِ.

إذا عَرَفْنا [٩] هذا فنقولُ: إذا دَفَعَ (رجلٌ إلى رجلٍ مالاً) [١٠] مُضارَبةً على أنْ يعملَ

---

(١) في المخطوط: «اشتراه».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «يحصل».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «يفترقان».
(٦) في المخطوط: «ممكن».
(٧) في المخطوط: «القوله».
(٨) حسن صحيح: أخرجه أبو داود؛ كتاب: الأقضية، باب: في الصبح، برقم (٣٥٩٤)، والترمذي (١٣٥٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وانظر صحيح أبي داود.
(٩) في المخطوط: «عرف».
(١٠) في المخطوط: «الرجل إلى رجل ألفًا».

به [١] في الكوفةِ فليس له أنْ يعملَ [بها] [٢] في غيرِ الكوفةِ؛ لأنّ قوله: «على أنْ» من ألفاظِ الشّرطِ [٣] وأنّه شرطٌ مُفيدٌ؛ لأنّ الأماكِنَ تختلفُ بالرُّخْصِ والغَلاءِ، وكذا في السَّفرِ خَطَرٌ فيُعْتَبَرُ.

وحَقيقةُ الفِقْه في ذلك أنّ الإذنَ كان عَدَمًا وإنّما يَحْدُثُ بالعقدِ، فيَبْقَى فيما وراءِ ما تَناوَلَه العقدُ على أصلِ العَدَمِ، وكذا لا يُعْطيها بضاعةً لِمَنْ يخرجُ بها من الكوفةِ؛ لأنّه إذا لم يَمْلِكِ الإخْراجَ بنفسِه، فلأَنْ لا يَمْلِكَ الأمرَ بذلك أولى، وإنْ أخْرَجَها من الكوفةِ فإنِ اشترى بها وباع ضَمن؛ لأنّه تَصَرُّفٌ لا على الوجه المَأذونِ فصارَ فيه مُخالفًا فيَضْمَنُ، وَكان المُشترَى [٤] لِنفسِه، له رِبْحُه وعليه وضَيْعَتُه، لَكِنْ لا يَطيبُ له الرِّبْحُ عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وعند أبي يوسفَ يَطيبُ وإنْ لم يَشترِ بها شيئًا، حتى رَدَّها إلى الكوفةِ بَرِئَ من الضَّمانِ، ورجع المالُ مُضارَبةً على حالِه؛ لأنّه عادَ إلى الوِفاقِ قبلَ تَقَرُّرِ الخلافِ، فيَبْرَأُ عن الضَّمانِ، كالمودَعِ إذا خالَفَ ثم عادَ إلى الوِفاقِ، [ولو لم يَرُدَّه حتى هَلك قبلَ التّصَرُّفِ لا ضَمانَ عليه؛ لأنّه لَمّا لم يَتَصَرَّفْ لم يَتَقَرَّرِ الخلافُ، فلا يَضْمَنُ] [٥].

ولو اشترى ببعضِه ورَدَّ بعضَه فما اشتراه فهو له وما رَدَّ رجع على المُضارَبةِ؛ لأنّه تَقَرَّرَ الخلافُ في القدرِ المُشترَى، وزالَ عن القدرِ المَرْدودِ ولو دَفَعَ إليه على أنْ يعملَ في سوقِ الكوفةِ فعَمِلَ (في الكوفةِ) [٦] في غيرِ سوقِها فهو جائزٌ على المُضارَبةِ استحسانًا، والقياسُ أنْ لا يجوزَ.

وجه القياس: أنّه شَرَطَ عليه العملَ في مَكان مُعَيَّنٍ، فلا يجوزُ في غيرِه، كما لو شَرَطَ ذلك في بَلَدٍ مُعَيَّنٍ.

وجه الاستحسانِ: أنّ التّقْييدَ [٧] بسوقِ الكوفةِ غيرُ مُفيدٍ؛ لأنّ البَلَدَ الواحدَ بمنزِلةِ بُقْعةٍ واحدةٍ، فلا فائدةَ في التّعْليقِ بهذا الشّرطِ فيَلْغو الشّرطُ.

ولو قال له: اعمَلْ به في سوقِ الكوفةِ، (أو: لا) [٨] تَعْمَلْ به إلاّ في (سوقِ الكوفةِ) [٩]

---

(١) في المخطوط: «بها».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «الشروط».
(٤) في المخطوط: «الشراء».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «بالكوفة».
(٧) في المخطوط: «التعليق».
(٨) في المخطوط: «ولا».
(٩) في المخطوط: «السوق».

فعَمِلَ في غيرِ سوقِ الكوفةِ يَضْمَنُ؛ لأنّ قوله: لا تَعْمَلْ إلاّ في سوقِ الكوفةِ حَجْرٌ عليه، فلا يجوزُ تَصَرُّفُه بعدَ الحجرِ وفي الفصلِ الأوّلِ ما حَجَرَ عليه، بل شَرَطَ عليه أنْ يكونَ عملُه في السّوقِ، والشّرطُ غيرُ مُفيدٍ فلَغا.

ولو قال له: خُذْ هذا المالَ تَعْمَلْ به في الكوفةِ لم يجُزْ له العملُ في غيرِها؛ لأنّ «في» كلِمةُ ظَرْفٍ فقد جعل الكوفةَ ظَرْفًا لِلتَّصَرُّفِ الذي أذِنَ له فيه، فلو جازَ في غيرِها لم تكُنِ الكوفةُ ظَرْفًا لِتَصَرُّفِه، وكذلك إذا قال له: فاعمَلْ به في الكوفةِ لِما قُلْنا، ولأنّ الفاءَ من حُروفِ التّعْليقِ، فتوجِبُ تَعَلُّقَ ما قبلَها بما بعدَها، وإنّما [٢/ ٢٦٧ب] يَتَعَلَّقُ إذا لم يجُزِ التّصَرُّفُ في غيرِها.

وكذلك إذا قال: خُذْ هذا المالَ بالتّصَرُّفِ بالكوفةِ؛ لأنّ الباءَ حرفُ إلْصاقٍ فتَقْتَضي التِصاقَ الصِّفةِ بالموصوفِ، وهذا يَمْنَعُ جوازَ التّصَرُّفِ في غيرِها.

ولو قال: خُذْ هذا المالَ مُضارَبةً، واعمَلْ به في الكوفةِ فلَه أنْ يُعْمِلَه [١] بالكوفةِ، وحيث ما بَدا له؛ لأنّ قوله: خُذْ هذا المالَ مُضارَبةً، (إذنٌ له في التّصَرُّفِ) [٢] مُطْلَقًا وقوله: واعمَلْ به في الكوفةِ إذنٌ له بالعملِ في الكوفةِ، فكان له أنْ يعملَ في أيِّ موضِعٍ شاء، كمَنْ قال لِغيرِه: أعتِقْ عبدًا من عَبيدي ثم قال له: أعتِقْ عبدي سالِمًا أنّ له أنْ يُعْتِقَ أيَّ عبدٍ شاء، ولا يَتَقَيَّدُ التّوْكيلُ بإعتاقِ سالِمٍ، كذا هذا إذِ المُضارَبةُ تَوْكيلٌ بالشّراءِ والبيعِ ولو قال: خُذْ هذا المالَ مُضارَبةً إلى سَنةٍ جازَتِ المُضارَبةُ عندَنا [٣]، وقال الشّافعيُّ رحمه الله: المُضارَبةُ فاسدةٌ [٤].

وجه قولِه: أنّه إذا وقّتَ (للمُضارَبةِ وقتًا، فيحتملُ) [٥] أنّه لا (يجد زبونًا) [٦] في الوقْتِ، فلا يُفيدُ العقدُ فائدةً.

ولَنا أنّ المُضارَبةَ تَوْكيلٌ، والتّوْكيلُ يحتملُ التّخْصيصَ بوَقْتٍ دونَ وقتٍ وذَكَرَ

---

(١) في المخطوط: «يعمل».　　(٢) في المخطوط: «إقرار بالتصرف».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٤/ ٣٩، ٤٠).

(٤) ومذهب الشافعية: إذا وقتها (يعني: المضاربة) فسدت فيبطل قوله إذا جاء غدًا فقد أبطلنا الوكالة والمضاربة. انظر: المزني (ص ١٢٢).

(٥) في المخطوط: «المضاربة فقد يحتمل».

(٦) في المطبوع: «يجوزُ كونُها».

الطَّحاويُّ وقال: لم يجُزْ عند أصحابِنا تَوْقيتُ المُضارَبةِ وقياسُ قولِهم في الوكالةِ، أنّها لا تَخْتَصُّ بالوقْتِ؛ لأنّهم قالوا: لو وكَّلَ رجلًا ببيعِ عبدِه اليومَ، فباعه غدًا جازَ، كالوكالةِ المُطْلَقةِ وما قاله ليس بسَديدٍ؛ لأنّهم قالوا في الوكيلِ: إذا قيلَ له: بعْه اليومَ، ولا تَبِعْه غدًا جازَ ذلك، ولم يَكُنْ له أنْ يَبيعَه غدًا، وكذا إذا قيلَ له: على أنْ تَبيعَه اليومَ دونَ غدٍ.

ولو قال: خُذْ هذا المالَ مُضارَبةً بالنِّصْفِ، على أنْ تَشتريَ به الطَّعامَ أو قال: فاشترِ به الطَّعامَ أو قال تَشتري به الطَّعامَ أو قال خُذْ هذا المالَ مُضارَبةً بالنِّصْفِ في الطَّعامِ فذلك كُلُّه سَواءٌ، وليس له أنْ يَشتريَ سِوَى الطَّعامِ [1] بالإجماعِ لِما ذَكَرْنا، على أنّ «إنْ» لِلشَّرْطِ والأصلُ في الشّرطِ المذكورِ في الكَلامِ اعتِبارُه، والفاءُ لِتَعْليقِ ما قبلَها بما بعدَها.

وقولُه: يَشتري به الطَّعامَ تفسيرُ التّصرُّفِ المَأذونِ فيه [2] وقولُه في الطَّعامِ فـ «في» كلِمةُ ظَرْفٍ، فإذا دَخَلَتْ على «ما» لا يَصْلُحُ ظَرْفًا تَصيرُ بمعنى الشّرطِ، وكُلُّ ذلك يَقْتَضي التَّقْييدَ بالشّرطِ المذكورِ، وأنّه شرطٌ مُفيدٌ؛ لأنّ بعضَ أنْواعِ التِّجارةِ يكونُ أقربَ إلى المقصودِ من بعضٍ [3]، وكذا النّاسُ مُخْتَلِفونَ في ذلك، فقد يَهْتَدي الإنسانُ إلى بعضِ التِّجارةِ دونَ بعضٍ، فكان الشّرطُ مُفيدًا فيَتَقَيَّدُ به، ولا يَمْلِكُ أنْ يَشتريَ غيرَ الطَّعامِ، والطَّعامُ هو الحِنْطةُ ودَقيقُها، إذْ لا يُرادُ به كُلُّ ما يُتَطَعَّمُ، بل البعضُ دونَ البعضِ، والأمرُ يختَلِفُ باختِلافِ عادةِ البلْدانِ، فاسمُ الطَّعامِ في عُرْفِهم لا يَنْطَلِقُ إلاّ على الحِنْطةِ ودَقيقِها، وكذلك لو ذَكَرَ جنسًا آخرَ بأنْ قال له: خُذْ هذا المالَ مُضارَبةً بالنِّصْفِ، على أنْ تَشتريَ به الدَّقيقَ (أو الخُبْزَ) [4] (أو البرَّ) [5] أو غيرَ ذلك، ليس له أنْ يعملَ في [6] غيرِ ذلك الجنسِ بلا خلافٍ، لَكِنْ له أنْ يَشتريَ ذلك الجنسَ في المِصْرِ وغيرِه، وأنْ يُبْضِعَ فيه، وأنْ يعملَ فيه جميعَ ما يعملُه المُضارِبُ في المُضارَبةِ المُطْلَقةِ، لِما ذَكَرْنا أنّ اللَّفْظَ المُطْلَقَ إذا قُيِّدَ ببعضِ الأشياءِ يَبْقَى على إطْلاقِه فيما وراءَه.

[**وقال ابنُ سِماعةَ:** سَمِعْتُ محمّدًا قال في رجلٍ دَفَعَ إلى رجلٍ مالاً مُضارَبةً، فقال له: إنِ اشتريْتَ به الحِنْطةَ فلك من الرِّبْحِ النِّصْفُ وليَ النِّصْفُ، وإنِ اشتريْتَ به الدَّقيقَ فلك

---

(١) في المخطوط: «ذلك».
(٢) في المطبوع: «به».
(٣) في المخطوط: «البعض».
(٤) في المخطوط: «والخز».
(٥) في المخطوط: «والبر».
(٦) في المطبوع: «من».

الثُّلُثُ وليَ الثُّلُثانِ قال: هذا جائزٌ، وله أنْ يَشتريَ أيَّ ذلك شاء على ما سَمَّى له رَبُّ المالِ؛ لأنّه خَيَّرَه بين عملينِ مُخْتَلِفَيْنِ، فيجوزُ كما لو خَيَّرَ الخيّاطَ بين الخياطةِ الرّوميّةِ والفارِسيّةِ.

ولو دَفَعَ إليه على أنّه إنْ عَمِلَ في المِصْرِ فلَه ثُلُثُ الرِّبْحِ، وإنْ سافَرَ فلَه النِّصْفُ جازَ، والرِّبْحُ بينهما على ما شَرَطا، إنْ عَمِلَ في المِصْرِ فلَه الثُّلُثُ، وإنْ سافَرَ فلَه النِّصْفُ، ولو اشترى في المِصْرِ وباع في السَّفَرِ، أو اشترى في السَّفَرِ وباع في المِصْرِ فقد رويَ عن محمّدٍ أنه قال: المُضارَبةُ في هذا على الشِّراءِ، فإنِ اشترى في المِصْرِ فما رَبِحَ في ذلك المَتاعِ، فهو على ما شُرِطَ في المِصْرِ، سَواءٌ باعه في المِصْرِ أو في غيرِه؛ لأنّ المُضارِبَ إنّما يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ بالعملِ، [٢/ ٢٦٨أ] والعملُ يَحْصُلُ بالشِّراءِ، فإذا اشترى في المِصْرِ تَعَيَّنَ أحدُ العملينِ، فلا يَتَغَيَّرُ بالسَّفَرِ، وإنْ عَمِلَ ببعضِ المالِ في السَّفَرِ وبالبعضِ في المصر، فرِبْحُ كُلِّ واحدٍ من المالينِ على ما شَرَطَ لا محالة] (١).

ولو قال له على أنْ تَشتريَ من فُلانٍ وتَبيعَ منه، جازَ عندَنا (٢) وهو على فُلانٍ خاصّةً ليس له أنْ يَشتريَ ويَبيعَ من غيرِه.

وقال الشافعيُّ رحمه الله: المُضارَبةُ فاسدةٌ (٣)؛ لأنّ في تَعْيينِ الشَّخْصِ تَضْييقَ طريقِ الوُصولِ إلى المقصودِ من التّصرُّفِ وهو الرِّبْحُ، وتَغْييرَ مُقْتَضَى العقدِ؛ لأنّ مُقْتَضَى العقدِ التّصرُّفُ مع مَنْ شاء.

(ولَنا) أنّ هذا شرطٌ مُفيدٌ لاختِلافِ النّاس في الثِّقةِ والأمانةِ؛ لأنّ الشِّراءَ من بعضِ النّاس قد يكونُ (أربَحَ لِكَوْنِه أسْهَلَ في البيعِ) (٤)، وقد يكونُ أوثَقَ على المالِ فكان التَّقْييدُ مُفيدًا، كالتَّقْييدِ بنوعٍ دونَ نوعٍ وقولُه: التَّعْيينُ يُغَيِّرُ مُقْتَضَى العقدِ قُلْنا (٥): (ليس كذلك، بل هو مُباشَرةُ العقدِ مُفيدًا من الابْتِداءِ، وإنّه قَيْدٌ مُفيدٌ، فوَجَبَ اعتِبارُه) (٦).

---

(١) تأخر ما بين المعكوفين في المخطوط.
(٢) انظر في مذهب الأحناف: الجامع الصغير (ص ٣٤٩).
(٣) وفي بيان مذهب الشافعية: لا يجوز أن يقارضه إلى مدة، ولا أن لا يشترى إلا من فلان، ولا سلعة واحدة بعينها فذلك كله فاسد. انظر: المزني (ص ١٢٢).
(٤) في المخطوط: «له ربح لكونه سهل البيع».
(٥) هنا موضع التأخير المشار إليه سابقًا.
(٦) في المخطوط: «هو تغيير مطلق العقد لا مقتضى عقد مفيد والعقد المقيد وهذا مفيد».

ولو قال: على أنْ تَشتريَ بها من أهلِ الكوفةِ وتَبيعَ فاشترى وباع من رِجالٍ بالكوفةِ من غيرِ أهلِها، فهو جائزٌ؛ لأنّ هذا الشّرطَ لا يُفيدُ إلاّ تَرْكَ السَّفرِ، كأنّه قال: على أنْ تَشتريَ مِمَّنْ بالكوفةِ، وكذلك إذا دَفَعَ إليه مالاً مُضارَبةً في الصّرْفِ، على أنْ يَشتريَ من الصّيارِفةِ ويَبيعَ، كان له أنْ يَشتريَ من غيرِ الصّيارِفةِ ما بَدا له من الصّرْفِ؛ لأنّ التّقْييدَ بالصّيارِفةِ لا يُفيدُ إلاّ تَخصيصَ البَلَدِ، أو [1] النّوْعِ فإذا حَصَلَ ذلك من صَيْرَفيٍّ أو غيرِه، فهو سَواءٌ.

ولو دَفَعَ إليه مالاً مُضارَبةً، ثم قال له بعدَ ذلك: اشترِ به البَزَّ وبِعْ فلَه أنْ يَشتريَ البَزَّ وغيرَه؛ (لأنّه أذِنَ بالشِّراءِ مُطْلَقًا، ثم أمَرَه بشِراءِ البَزِّ، فكان له أنْ يَشتريَ ما شاء وهذا كَقولِه) [2]: خُذْ هذا المالَ مُضارَبةً، واعمَلْ به [3] بالكوفةِ [4] إلاّ أنّ هناك القَيْدَ مُقارَنٌ، وههنا مُتَراخٍ، وقد ذَكَرْناه.

وذَكرَ القُدوريُّ رحمه الله: أنّ هذا مَحْمولٌ على أنّه نَهاه بعدَ الشِّراءِ، والحُكْمُ في التّقْييدِ الطّارِئِ على مُطْلَقِ العقدِ أنّه إنْ كان ذلك قبلَ الشِّراءِ يعملُ، وإنْ كان بعدَما اشترى به لا يعملُ، إلى أنْ يَبيعَه بمالِ عَيْنٍ، فيعملُ التّقْييدُ عند ذلك حتى لا يجوزَ أنْ يَشتريَ إلاّ ما قال.

ولو دَفَعَ إليه مالاً مُضارَبةً على أنْ يَبيعَ ويَشتريَ بالنّقْدِ، فليس له أنْ يَشتريَ ويَبيعَ إلاّ بالنّقْدِ؛ لأنّ هذا التّقْييدَ [5] مُفيدٌ [فيَتَقَيَّدُ بالمذكورِ] [6].

ولو قال له: بِعْ بنَسيئةٍ، ولا تَبِعْ بالنّقْدِ فباع بالنّقْدِ جازَ؛ لأنّ النّقْدَ أنْفَعُ من النّسيئةِ، فلم يَكُنِ التّقْييدُ بها مُفيدًا فلا يَثْبُتُ القَيْدُ، وصارَ كما لو قال للوَكيلِ: بِعْ بعَشَرةٍ فباع بأكثرَ منها جازَ كذا هذا والله أعلم.

وأمّا الذي يرجعُ إلى عملِ رَبِّ المالِ مِمّا له أنْ يعملَه، وما ليس له أنْ يعملَه: فقد قال أصحابُنا: إذا باع رَبُّ المالِ مالَ المُضارَبةِ بمثلِ قيمَتِه أو أكثرَ جازَ بيعُه، وإذا باع بأقَلَّ من قيمَتِه لم يجُزْ، إلاّ أنْ يُجيزَه المُضارِبُ، سَواءٌ باع بأقَلَّ من قيمَتِه مِمّا لا يَتَغابَنُ النّاسُ فيه، أو مِمّا يَتَغابَنُ النّاسُ فيه؛ لأنّ جوازَ بيعِ رَبِّ المالِ من طريقِ الإعانةِ للمُضارِبِ، وليس من

---

(1) في المخطوط: «في».
(2) في المخطوط: «لأن هذا وقوله».
(3) في المخطوط: «فيه».
(4) زاد في المخطوط: «سواء».
(5) زاد في المخطوط: «جاز».
(6) ليست في المخطوط.

الإعانةِ إدْخالُ النّقْصِ عليه، بل هو استِهْلاكٌ فلا يَتَحَمَّلُ قَلَّ أو كثُرَ وَعلى هذا لو كان المُضارِبُ اثنيْنِ، فباع أحدُهما بإذنِ رَبِّ المالِ لم يجُزْ أنْ يَبيعَه، إلاّ بمثلِ القيمةِ، أو أكثرَ إلاّ أنْ يُجيزَه [(١)] المُضارِبُ الآخَرُ؛ لأنّ أحدَ المُضارِبَيْنِ لا يَنْفَرِدُ بالتّصرُّفِ بنفسِ العقدِ، بل بإذنِ رَبِّ المالِ، وهو لا يَمْلِكُ التّصرُّفَ بنفسِه [(٢)] إذا كان فيه غَبنٌ فلا يَمْلِكُ الأمرَ به، وإذا اشترى المُضارِبُ بمالِ المُضارَبةِ مَتاعًا وفيه فضْلٌ، أو لا فضْلَ فيه، فأرادَ رَبُّ المالِ بيعَ ذلك فأبَى المُضارِبُ، وأرادَ إمساكَه حتى يجِدَ رِبْحًا، فإنّ المُضارِبَ يُجْبَرُ على بيعِه، إلاّ أنْ يَشاء أنْ يَدْفعَه إلى رَبِّ المالِ؛ لأنّ مَنْعَ المالِكِ عن تَنْفيذِ [(٣)] إرادَتِه في مِلْكِه لِحَقٍّ يحتملُ الثُّبوتَ والعَدَمَ، وهو الرِّبْحُ لا سَبيلَ إليه، ولَكِنْ يُقالُ له: إنْ أرَدْتَ الإمساكَ فرُدَّ عليه مالَه وإنْ كان فيه رِبْحٌ يُقالُ له: ادْفَعْ إليه رَأْسَ المالِ، وحِصَّتَه من الرِّبْحِ، ويُسَلِّمُ المَتاعَ إليكَ.

ولو أخذ رجلٌ مالاً ليعملَ لأجلِ ابنِه مُضارَبةً، فإنْ كان الابنُ صَغيرًا لا يَعْقِلُ البيعَ، فالمُضارَبةُ للأبِ، ولا شيءَ لِلابنِ من الرِّبْحِ؛ لأنّ الرِّبْحَ في بابِ المُضارَبةِ يُسْتَحَقُّ بالمالِ أو بالعملِ، وليس لِلابنِ واحدٌ منهما، فإنْ كان الابنُ يَقْدِرُ على العملِ فالمُضارَبةُ لِلابنِ والرِّبْحُ له إنْ عَمِلَ، فإنْ عَمِلَ الأبُ بأمرِ الابنِ فهو مُتطَوِّعٌ، وإنْ عَمِلَ بغيرِ أمرِه [(٤)] صارَ بمنزِلةِ الغاصِبِ؛ لأنّه ليس له أنْ يعملَ فيه بغيرِ (إذنِه، فصارَ) [(٥)] كالأجنَبيِّ.

وقد قالوا في المُضارِبِ إذا اشترى جاريةً: فليس لِرَبِّ المالِ أنْ يَطَأَها، سَواءٌ كان فيه رِبْحٌ أو لم يَكُنْ أمّا إذا كان فيه رِبْحٌ، فلا شَكَّ فيه؛ لأنّ للمُضارِبِ فيه مِلْكًا ولا يجوزُ وطْءُ الجاريةِ المُشترَكةِ، وإنْ لم يَكُنْ فيها رِبْحٌ، فللمُضارِبِ فيها حَقٌّ يُشْبِه المِلْكَ، بدَليلِ أنّ رَبَّ المالِ لا يَمْلِكُ مَنْعَه من التّصرُّفِ، ولو مات كان للمُضارِبِ أنْ يَبيعَها فصارَتْ كالجاريةِ المُشترَكةِ.

وَيجوزُ شِراءُ رَبِّ المالِ من المُضارَبةِ، وشِراءُ المُضارِبِ من رَبِّ المالِ، وإنْ لم يَكُنْ في المُضارَبةِ رِبْحٌ في قولِ أصحابِنا الثّلاثةِ.

---

(١) في المخطوط: «يخبر».
(٢) في المخطوط: «فيه».
(٣) في المخطوط: «تقييد».
(٤) في المخطوط: «إذنه».
(٥) في المخطوط: «أمر مضاربة».

وقال زُفَرُ - رحمه الله: لا يجوزُ الشّراءُ بينهما في مالِ المُضارَبةِ.

وجه قولِ زُفَرَ: أنّ هذا بيعُ مالِه بمالِه، وشِراءُ ماله بمالِه إذِ المالانِ جميعًا لِرَبِّ المالِ، وهذا لا يجوزُ كالوكيلِ مع الموَكِّلِ.

(ولَنا) أنّ لِرَبِّ المالِ في مالِ المُضارَبةِ مِلْكَ رَقَبةٍ لا مِلْكَ تَصَرُّفٍ، والتحق مِلْكُه في حَقِّ [ملك] (١) التّصَرُّفِ بمِلْكِ (٢) الأجنبيِّ، وللمُضارِبِ فيه مِلْكُ التّصَرُّفِ لا [مِلْكُ] (٣) الرَّقَبةِ، فكان في حَقِّ مِلْكِ الرَّقَبةِ كمِلْكِ الأجنبيِّ حتى لا يَمْلِكَ رَبُّ المالِ مَنْعَه عن التّصَرُّفِ، فكان مالُ المُضارَبةِ في حَقِّ كُلِّ واحدٍ منهما كمالِ الأجنَبيِّ، (لِذلك جازَ) (٤) الشِّراءُ بينهما ولو اشترى المُضارِبُ دارًا، ورَبُّ المالِ شَفيعُها بدارٍ أُخرى بجَنْبِها، فلَه أنْ يَأخُذَ بالشُّفْعةِ؛ لأنّ المُشتريَ وإنْ كان له في الحقيقةِ لَكِنّه في الحُكْمِ كأنّه ليس له، بدَليلِ أنّه لا يَمْلِكُ انتِزاعَه من يَدِ المُضارِبِ، ولِهذا [٢/ ٢٦٨ب] جازَ شِراؤُه من المُضارِبِ.

ولو باع المُضارِبُ دارًا من المُضارَبةِ، ورَبُّ المالِ شَفيعُها فلا شُفْعةَ له، سَواءٌ كان في الدّارِ المَبيعةِ رِبْحٌ وقتَ البيعِ، أو لم يَكُنْ، أمّا إذا لم يَكُنْ فيها رِبْحٌ فلأنّ المُضارِبَ وكيلُه بالبيعِ، والوكيلُ ببيعِ الدّارِ إذا باع لا يكونُ للموَكِّلِ الأخْذُ بالشُّفْعةِ وإنْ كان فيها رِبْحٌ. فأمّا حِصّةُ رَبِّ المالِ فكذلك هو وكيلُ بيعِها، وأمّا حِصّةُ المُضارِبِ فلأنّا لو أوجَبنا فيها الشُّفْعةَ، لَتفَرَّقَتِ الصّفْقةُ على المُشتري، ولأنّ الرِّبْحَ تابعٌ لِرَأسِ المالِ، فإذا لم تَجِبِ الشُّفْعةُ في المَتبوعِ، لا تَجِبُ في التّابعِ.

ولو باع رَبُّ المالِ دارًا لِنفسِه، والمُضارِبُ شَفيعُها بدارٍ أُخرى من المُضارَبةِ، فإنْ كان في يَدِه من مالِ المُضارَبةِ وفاءٌ بثَمَنِ الدّارِ، لم تَجِبِ الشُّفْعةُ؛ لأنّه لو أخذ بالشُّفْعةِ لَوَقَعَ لِرَبِّ المالِ، والشُّفْعةُ لا تَجِبُ لَبائعِ الدّارِ، وإنْ لم يَكُنْ في يَدِه وفاءٌ، فإنْ لم يَكُنْ في الدّارِ رِبْحٌ، فلا شُفْعةَ؛ لأنّه (٥) أخذها لِرَبِّ المالِ وإنْ كان فيه رِبْحٌ، فللمُضارِبِ أنْ يَأخُذَها لِنفسِه بالشُّفْعةِ؛ لأنّ له نَصيبًا في ذلك، فجازَ أنْ يَأخُذَها لِنفسِه.

ولو أنّ أجنَبيًّا اشترى دارًا إلى جانِبِ (٦) دارِ المُضارَبةِ، فإنْ كان في يَدِ المُضارِبِ وفاءٌ

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المطبوع: «كملك».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «فجاز».
(٥) في المخطوط: «لأن».
(٦) في المخطوط: «جنب».

بالثّمَنِ، فلَه أنْ يَأخُذَها بالشُّفْعةِ للمُضارَبةِ، وإنْ سَلَّمَ الشُّفْعةَ بَطَلَتْ، وليس لِرَبِّ المالِ أنْ يَأخُذَها لِنفسِه؛ لأنّ الشُّفْعةَ وجَبَتْ للمُضارَبةِ، ومِلْكُ التّصَرُّفِ في المُضارَبةِ للمُضارِبِ، فإذا سَلَّمَ جازَ بتسليمِه [١] على نفسِه وعلى رَبِّ المالِ، وإنْ لم يَكُنْ في يَدِه وفاءٌ، فإنْ كان في الدّارِ رِبْحٌ فالشُّفْعةُ للمُضارِبِ ولِرَبِّ المالِ جميعًا، فإنْ سَلَّمَ أحدُهما فللآخَرِ أنْ يَأخُذَها جميعًا لِنفسِه بالشُّفْعةِ، كدارٍ بين اثنيْنِ [٢] وجَبَتِ الشُّفْعةُ لهما، وإنْ لم يَكُنْ في الدّارِ رِبْحٌ، فالشُّفْعةُ لِرَبِّ المالِ خاصّةً؛ لأنّه لا نَصيبَ للمُضارِبِ فيه.

قال أبو يوسف: إذا استَأجَرَ الرّجلُ أجيرًا كُلَّ شَهْرٍ بعَشَرةِ دراهمَ لِيَشتريَ له ويَبيعَ، ثم دَفَعَ المُسْتَأجِرُ إلى الأجيرِ [٣] دراهمَ مُضارَبةً، فالمُضارَبةُ فاسدةٌ، والرِّبْحُ كُلُّه لِلدّافعِ، ولا شيءَ للأجيرِ سِوَى الأُجْرةِ.

وقال محمد: المُضارَبةُ جائزةٌ ولا شيءَ للأجيرِ في الوقْتِ الذي يكونُ مشغولاً بعملِ المُضارَبةِ.

وجه قولِ محمدٍ: أنّه لَمّا دَفَعَ إليه المُضارَبةَ فقد اتَّفَقا على تَرْكِ الإجارةِ ونَقْضِها، فما دامَ يعملُ بالمُضارَبةِ فلا أجرَ له، ولأنّ المضاربة [٤] شَرِكةٌ، (لِهذا لا تَقْبَلُ التّوْقيتَ) [٥]، ولو شارَكَه بعدَما استَأجَرَه [٦] جازَتِ الشَّرِكةُ، فكذا المُضارَبةُ.

ولأبي يوسفَ أنّه لَمّا استَأجَرَه فقد مَلك عملَه، فإذا (دَفَعَ إليه) [٧] مُضارَبةً، فقد شَرَطَ للمُضارِبِ رِبْحًا بعملٍ قد مَلَكه رَبُّ المالِ، وهذا لا يجوزُ، ولأنّ المُضارِبَ يعملُ لِنفسِه، فلا يجوزُ أنْ يَسْتَوْجِبَ الرِّبْحَ والأجرَ، ولا يجوزُ أنْ يَنْقُضَ الإجارةَ بالمُضارَبةِ؛ لأنّ الإجارةَ أقوى من المُضارَبةِ؛ لأنّها لازِمةٌ، والمُضارَبةُ ليستْ بلازِمةٍ، والشّيءُ لا يَنْتَقِضُ بما هو أضْعَفُ منه.

وما ذكره محمّدٌ أنّ المُضارَبةَ شَرِكةٌ، فالجوابُ أنّ الشَّريكَ يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ بالمالِ، والمُضارِبَ بالعملِ، ورَبُّ المالِ قد مَلك العملَ، فلا يجوزُ أنْ يَسْتَحِقَّ المُضارِبُ [به] [٨]

---

(١) في المخطوط: «تسليمه».
(٢) في المخطوط: «شريكين».
(٣) في المخطوط: «الآخر».
(٤) في المطبوع: «الإجارة».
(٥) في المخطوط: «ولهذا لا يفتقر إلى التوقيت».
(٦) في المخطوط: «استأجر».
(٧) في المخطوط: «دفعه».
(٨) زيادة من المخطوط.

الرِّبْحَ، ولأنّ الشَّريكَ يعملُ لِنفسِه، فكَأنّه امتَنَعَ من عملِ الإجارةِ، فيَسْقُطُ (١) عنه الأُجْرةُ بحِصَّتِه، والمُضارِبُ يعملُ لِرَبِّ المالِ فبَقِيَ عملُه على الإجارةِ.

ولو اشترى المُضارِبُ بمالِ المُضارَبةِ -وهو ألفٌ-، عبدًا قيمَتُه ألفٌ، فقُتِلَ عَمْدًا، فلِرَبِّ المالِ القِصاصُ؛ لأنّ العبدَ مِلْكُه على الخُصوصِ (٢) لا حَقَّ للمُضارِبِ فيه، وإنْ كانت قيمَتُه ألفَيْنِ، لم يَكُنْ فيه قِصاصٌ، وإنِ اجتَمَعا؛ لأنّ مِلْكَ كُلِّ واحدٍ منهما لم يَتعَيَّنْ، أمّا رَبُّ المالِ فلأنّ رَأسَ المالِ (٣) ليس هو العبدُ، وإنّما هو الدَّراهمُ، ولو أرادَ أنْ يُعَيِّنَ رَأسَ مالِه في العبدِ، كان للمُضارِبِ أنْ يَمْنَعَه عن (٤) ذلك، حتى يَبيعَ ويَدْفَعَ إليه من الثَّمَنِ، وإذا لم يَتَعَيَّنْ مِلْكُ رَبِّ المالِ، [لم يَتَعَيَّنْ مِلْكُ المُضارِبِ قبلَ استيفاءِ رَأسِ المالِ] (٥)، وإذا لم يَتَعَيَّنْ مِلْكُهما في العبدِ، لم يجبِ القِصاصُ لِواحدٍ منهما وإنِ اجتَمَعا، وتُؤخَذُ قيمةُ العبدِ من القاتِلِ في مالِه في ثلاثِ سِنينَ؛ لأنّ القِصاصَ سَقَطَ في القَتْلِ العَمْدِ لِمانِعٍ مع وُجودِ السَّبَبِ، فتَجِبُ الدِّيةُ في مالِه ويكونُ المَأخوذُ على المُضارَبةِ، يَشتري به المُضارِبُ ويَبيعُ؛ لأنّه بَدَلُ مالِ المُضارَبةِ، فيكونُ على المُضارَبةِ كالثَّمَنِ.

وذَكَرَ محمّدٌ في النّوادرِ: إذا كان في يَدِ المُضارِبِ عبدانِ، قيمةُ كُلِّ واحدٍ منهما ألفٌ، فقَتَلَ رجلٌ أحدَ العبدَيْنِ عَمْدًا، لم يَكُنْ لِرَبِّ المالِ عليه قِصاصٌ؛ لأنّ مِلْكَ رَبِّ المالِ لم يَتعَيَّنْ في العبدِ المقتولِ على ما بَيَّنّا، وعلى القاتِلِ قيمَتُه في مالِه، ويكونُ في المُضارَبةِ لِما قُلْنا.

(والأصلُ أنّ) (٦) في كُلِّ موضِعٍ وجَبَ بالقَتْلِ القِصاصُ، خَرَجَ العبدُ عن المُضارَبةِ، وفي كُلِّ موضِعٍ وجَبَ بالقَتْلِ مالٌ فالمالُ على المُضارَبةِ؛ لأنّ القِصاصَ إذا استوْفيَ فقد هَلك مالُ المُضارَبةِ، وهَلاكُ مالِ المُضارَبةِ يوجِبُ بُطْلانَ المُضارَبةِ، والقيمةُ [٢/ ٢٦٩أ] بَدَلُ مالِ المُضارَبةِ، فكانت على المُضارَبةِ كالثَّمَنِ.

وقال محمّدٌ: وإذا اشترى المُضارِبُ ببعضِ مالِ المُضارَبةِ عبدًا يُساوي ألفًا، فقَتَلَه رجلٌ

---

(١) في المخطوط: «فسقط».
(٢) في المخطوط: «الخلوص».
(٣) في المخطوط: «ما له».
(٤) في المخطوط: «من».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «ثم».

عَمْدًا، فلا قِصاصَ فيه لا لِرَبِّ المالِ، ولا للمُضارِبِ، ولا لهما إذا اجتمَعا، أمّا رَبُّ المالِ فلأنّه لو استَوْفَى القِصاصَ لا يَصيرُ مُسْتَوْفيًا لِرَأْسِ المالِ بالقِصاصِ؛ لأنّ القِصاصَ ليس بمالٍ، ولِهذا لو عَفا المَريضُ عن القِصاصِ كان من جميعِ المالِ، وإذا لم يَصِرْ به مُسْتَوْفيًا رَأسَ مالِه، يَسْتَوْفي رَأسَ المالِ من بَقيّةِ المالِ، وإذا استَوْفَى تَبيَّنَ أنّ العبدَ كان رِبْحًا، فتَبَيَّنَ أنّه انفرَدَ باستيفاءِ القِصاصِ عن عبدٍ مُشترَكٍ.

(وأمّا) المُضارِبُ فلأنّه لم يَتَعَيَّنْ له فيه مِلْكٌ، ولا يجوزُ لهما الاجتماع على الاستيفاءِ؛ لِهذا المعنى، وهو أنّ حَقَّ كُلِّ واحدٍ منهما غيرُ مُتَعَيِّنٍ.

واختَلَفَ أصحابُنا في القَتْلِ العَمْدِ إذا ادُّعيَ على عبدِ المُضارَبةِ، أنّه هَلْ يُشترَطُ حُضورُ المولى [1] لِسَماعِ البيِّنةِ؟

قال أبو حنيفةَ ومحمّدٌ رحمهما الله: يُشترَطُ.

وقال ابو يوسفَ رحمه الله: لا يُشترَطُ.

وجه قولِه أنّ العبدَ في بابِ القِصاصِ مُبْقًى على أصلِ الحُرّيّةِ، بدَليلِ أنّه لو أقَرَّ به يجوزُ إقرارُه، وإنْ كذَّبَه المولى [2] فلا يَقِفُ سَماعُ البيِّنةِ عليه على حُضورِ المولى كالحُرِّ.

(ولهما) أنّ هذِه البيِّنةَ يَتَعلَّقُ بها استحقاقُ رَقَبةِ العبدِ، فلا تُسْمَعُ مع غَيْبةِ المولى كالبَيِّنةِ القائمةِ على استحقاقِ المِلْكِ، والبيِّنةُ القائمةُ على جِنايةِ الخطَإ، وقد قالوا جميعًا: لو أقَرَّ العبدُ بقَتْلِ عَمْدٍ، فكذَّبَه المولى والمُضارِبُ، لَزِمَه القِصاصُ؛ لأنّ الإقرارَ بالقِصاصِ مِمّا لا يَمْلِكُه المولى من عبدِه، وهو مِمّا يُمْلَكُ، فيَمْلِكُه العبدُ كالطَّلاقِ، فإنْ كان الدَّمُ بين شريكينِ، وقد أقَرَّ به العبدُ فعَفا أحدُهما، فلا شيءَ للآخرِ؛ لأنّ موجِبَ الجِنايةِ انقلَبَ مالاً، وإقرارُ العبدِ غيرُ مقبولٍ في حَقِّ المالِ، فصارَ كأنّه أقَرَّ بجِنايةِ الخطَإ، [فإنْ كان رَبُّ المالِ صَدَّقَه في إقرارِه، وكذَّبَه المُضارِبُ، قيلَ لِرَبِّ المالِ: ادْفَعْ نصفَ نَصيبِكَ أو: افْدِه] [3] وإنْ كان المُضارِبُ صَدَّقَه، وكذَّبَه رَبُّ المالِ، قيلَ للمُضارِبِ: ادْفَعْ نَصيبَكَ أو افْدِه وصارَ كأحدِ الشَّريكينِ إذا أقَرَّ في العبدِ بجِنايةٍ وكذَّبَه الآخَرُ.

(وأمّا) وُجوبُ القِصاصِ على عبدِ المُضارَبةِ، وإنْ لم يجبْ بقَتْلِه القِصاصُ؛ لأنّ عَدَمَ

---

(١) في المطبوع: «الولي».
(٢) في المطبوع: «الولي».
(٣) ليست في المخطوط.

الوُجوبِ بقَتْلِه لِكَوْنِ (١) مُسْتَحِقِّ الدَّمِ غيرَ مُتَعَيِّنٍ (٢)، فإذا كان هو القاتِلُ، فالمُسْتَحِقُّ للقِصاصِ هو وليُّ القَتيلِ، وإنّه مُتَعَيِّنٌ.

وتَجوزُ المُرابَحةُ بين رَبِّ المالِ و[بين] (٣)المُضارِبِ، وهو أنْ يَشتريَ رَبُّ المالِ من مُضارِبه فيَبيعَه مُرابَحةً، أو يَشتريَ المُضارِبُ من رَبِّ المالِ فيَبيعَه مُرابَحةً، لَكِنْ يَبيعُه على أقَلِّ الثَّمَنَيْنِ إلاّ إذا بَيَّنَ الأمرَ على وجهِه، فيَبيعُه كيْفَ شاء، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ جوازَ شِراءِ رَبِّ المالِ من المُضارِبِ، والمُضارِبِ من رَبِّ المالِ ثَبَتَ مَعْدولاً به عن القياس لِما ذَكَرْنا أنّ رَبَّ المالِ اشترى (٤) مالَ نفسِه بمالِ نفسِه، والمُضارِبُ يَبيعُ مالَ رَبِّ المالِ من رَبِّ المالِ إذِ المالانِ مالُه.

والقياسُ: يَأبَى ذلك، إلاّ أنّا استَحْسَنّا الجوازَ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ المُضارِبِ بالمالِ وهو مِلْكُ التّصَرُّفِ، فجُعِلَ ذلك بيعًا في حَقِّهما لا في حَقِّ غيرِهما، بل جُعِلَ في حَقِّ غيرِهما مُلْحَقًا بالعَدَمِ، ولأنّ المُرابَحةَ بيعٌ يُجْريه (٥) البائعُ من غيرِ بَيِّنةٍ واستحلافٍ، فتَجِبُ صيانَتُه عن الخيانةِ، وعن تهمةِ الخيانة ما أمكَنَ، وقد تَمَكَّنَتِ التُّهْمةُ في البيعِ بينهما؛ لِجوازِ أنّ رَبَّ المالِ باعه من المُضارِبِ بأكثرَ من قيمَتِه ورَضيَ به المُضارِبُ؛ لأنّ الجودَ بمالِ الغيرِ أمرٌ سَهْلٌ، فكان تُهْمةُ الخيانة (٦) ثابِتةً، والتُّهْمةُ في هذا البابِ مُلْحَقةٌ بالحقيقةِ، فلا يَبيعُ مُرابَحةً إلاّ على أقَلِّ الثَّمَنَيْنِ، بيانُ ذلك في مَسائلَ:

إذا دَفَعَ إلى رجلٍ ألفَ درهَمٍ مُضارَبةً، فاشترى رَبُّ المالِ عبدًا بخمسِمِائةٍ، فباعه من المُضارِبِ بألفٍ، فإنّ المُضارِبَ يَبيعُه مُرابَحةً على خمسِمِائةٍ؛ لأنّها أقَلُّ الثَّمَنَيْنِ إلاّ إذا بَيَّنَ الأمرَ (٧) على وجهِه، فيَبيعُه (٨) كيْفَ شاء؛ لأنّ المانِعَ هو التُّهْمةُ وقد زالَتْ.

ولو اشترى المُضارِبُ عبدًا بألفٍ من المُضارَبةِ، فباعه من رَبِّ المالِ بألفٍ ومِائَتَيْنِ، باعه رَبُّ المالِ مُرابَحةً بألفٍ ومِائةٍ، وإنْ كانت المُضارَبةُ بالنِّصْفِ؛ لأنّ الرِّبْحَ يَنْقَسِمُ بين رَبِّ المالِ والمُضارِبِ، ولا شُبْهةَ في حِصّةِ المُضارِبِ؛ لأنّه لا حَقَّ فيه لِرَبِّ المالِ، فصارَ

---

(١) في المخطوط: «لكونه».
(٢) في المخطوط: «معين».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «يشتري».
(٥) في المخطوط: «بخبر».
(٦) في المطبوع: «الجناية».
(٧) في المخطوط: «الألف».
(٨) في المخطوط: «فإنه يبيعه».

كأنّ رَبَّ المالِ اشترى ذلك من أجنبيٍّ، وتَمَكَّنَتِ الشُّبْهةُ في حِصّةِ رَبِّ المالِ؛ لأنّه مالُه بعَيْنِه فكَأنّه اشترى من نفسِه، فتسقُطُ حِصَّتُه من الرِّبْحِ إلاّ إذا بَيَّنَ الأمرَ على وجهِه فيَبيعُه كيْفَ شاء.

ولو اشترى رَبُّ المالِ سِلْعةً بألفِ درهَمٍ، تُساوي ألفًا وخمسِمائةٍ، فباعها من المُضارِبِ بألفٍ وخمسِمائةٍ، فإنّ المُضارِبَ يَبيعُها مُرابَحةً بألفٍ ومِائَتَيْنِ وخمسينَ إلاّ إذا بَيَّنَ الأمرَ على وجهِه لِما ذَكَرْنا.

قال ابنُ سِماعةَ في نَوادِرِه عن محمّدٍ: سَمِعْتُ أبا يوسفَ يقولُ في مسألةِ المُضارَبةِ [٢/ ٢٦٩ب] - وهو آخِرُ ما قال-: إذا اشترى رَبُّ المالِ عبدًا بألفٍ، فباعه من المُضارِبِ بمِائةٍ، ورَأسُ المالِ ألفٌ في يَدِ المُضارِبِ، فإنّ المُضارِبَ يَبيعُه على مِائةٍ، وكذا لو اشترى [(١)] المُضارِبُ بألفٍ فباعه [من رَبِّ المالِ بمِائةٍ، باعه] [(٢)] رَبُّ المالِ بمِائةٍ يَبيعُه أبَدًا على أقَلِّ الثّمَنَيْنِ [(٣)]؛ لأنّه لا تُهْمةَ في الأقَلِّ، وإنّما التُّهْمةُ في الزّيادةِ، فيَثْبُتُ ما لا تُهْمةَ فيه، ويَسْقُطُ ما فيه تُهْمةٌ.

ولو اشتراه رَبُّ المالِ بخمسِمائةٍ، فباعه من المُضارِبِ بألفٍ ومِائةٍ، فإنّه يَبيعُه مُرابَحةً على خمسِمائةٍ وخمسينَ؛ لأنّ المِائةَ (الزائد على ألف) [(٤)] رِبْحٌ، فنصفُها للمُضارِبِ، وما اشتراه المُضارِبُ من رَبِّ المالِ لِنفسِه لا تُهْمةَ فيه، فيَضُمُّ حِصَّتَه من الرِّبْحِ إلى القدرِ الذي اشترى رَبُّ المالِ به، ويُسْقِطُ خمسَمِائةٍ؛ لأنّها نَصيبُ رَبِّ المالِ، ويَسْقُطُ خمسونَ؛ لأنّها حَقُّ رَبِّ المالِ من الرِّبْحِ، فيَبيعُه مُرابَحةً على خمسِمائةٍ وخمسينَ.

ولو اشتراه المُضارِبُ بستِّمِائةٍ، باعه مُرابَحةً بخمسِمائةٍ؛ لأنّه لا فضْلَ في ثَمَنِه عن [(٥)] رَأسِ المالِ، فيَسْقُطُ كُلُّ الرِّبْحِ، ويُباعُ على أقَلِّ الثّمَنَيْنِ، والأصلُ أنّ المُضارِبَ لا يَحْتَسِبُ شيئًا من حِصّةِ نفسِه حتى يكونَ ما نَقَدَ أكثرَ من ألفٍ، فيحتسب من حِصَّتِه نصفَ ما زادَ على الألفِ [(٦)]؛ لأنّه إذا لم يَزِدْ على ألفٍ بأنِ اشترى بمثلِ رَأسِ المالِ، أو بأقَلَّ منه وله في المالِ رِبْحٌ لم يَتَعَيَّنْ له في المُشتَرَى حَقٌّ؛ لِكوْنِه مشغولاً برَأسِ المالِ، فلا يُظْهِرُ له

---

(١) في المخطوط: «اشتراه».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «القيمتين».
(٤) في المطبوع: «الزائدة الزّيادة على الألف».
(٥) في المخطوط: «على».
(٦) في المخطوط: «ألف».

الرِّبْحَ، كأنّه اشترى ولا رِبْحَ في يَدِه.

وعلى هذا القياس تُجْرَى المَسائلُ، فمتى كان شِراءُ المُضارِبِ بأقَلِّ الثَّمَنَيْنِ، فإنْ كان للمُضارِبِ حِصّةٌ ضَمَّها إلى أَقَلِّ الثَّمَنَيْنِ، وإذا اشترى رَبُّ المالِ من المُضارِبِ، يَبيعُه على أَقَلِّ الثَّمَنَيْنِ، ويَضُمُّ إليه حِصّةَ المُضارِبِ.

ولو كان (رَبُّ المالِ) [١] اشتراه بخمسِمائةٍ، ثم باعه من المُضارِبِ بألفَيْنِ فإنّ المُضارِبَ يَبيعُه بألفٍ خمسُمِائةٍ رَأسُ المالِ، وخمسُمِائةٍ حِصّةُ المُضارِبِ من الألفَيْنِ؛ لأنّ نَصيبَ رَبِّ المالِ من الثَّمَنِ ألفٌ وخمسُمِائةٍ، فتسقُطُ الزّيادةُ فيها على رَأسِ المالِ، وهو ألفٌ، ويَبْقَى من نَصيبِ رَبِّ المالِ خمسُمِائةٍ، ونَصيبُ المُضارِبِ خمسُمِائةٍ، ورَبُّ المالِ فيها كالأجنبيِّ فيَبيعُه مُرابَحةً على ألفٍ.

ولو كان المُضارِبُ اشتراه بألفٍ، ثم [٢] باعه من رَبِّ المالِ بألفَيْنِ، باعه رَبُّ المالِ بألفٍ وخمسِمائةٍ؛ لأنّ الألفَ رَأسُ (مالِ رَبِّ المالِ) [٣]، وخمسَمِائةٍ نَصيبُ المُضارِبِ، ورَبُّ المالِ فيها كالأجنبيِّ، وخمسُمِائةٍ نَصيبُ رَبِّ المالِ فيجبُ إسقاطُها.

قال ابنُ سِماعةَ، ورَوَى عن أبي يوسفَ أنه قال - وهو قولُه الآخَرُ [٤]: إنّ رَبَّ المالِ إذا اشترى عبدًا بعَشْرةِ آلافٍ، ثم باعه من المُضارِبِ بمِائةٍ، باعه المُضارِبُ مُرابَحةً على مِائةٍ، وكذلك لو اشترى المُضارِبُ بعَشْرةِ آلافٍ، فباعه من رَبِّ المالِ بمِائةٍ، باعه رَبُّ المالِ مُرابَحةً على مِائةٍ؛ لأنّ البيعَ على أَقَلِّ الثَّمَنَيْنِ لا تُهْمةَ فيه، ولأنّه اشتراه بأَقَلِّ الثَّمَنَيْنِ، فلا يجوزُ أنْ يَزيدَ على الثَّمَنِ الذي اشتراه.

فإنْ قيلَ: كيْفَ يجوزُ للمُضارِبِ الحطُّ على قولِ أبي يوسفَ؟

فالجوابُ: أنّه إنّما لا يجوزُ [له] [٥] حَطُّه عند أبي يوسفَ ومحمّدٍ، لِحَقِّ رَبِّ المالِ، فإذا باعه [٦] من رَبِّ المالِ وحَطَّ، فقد رَضِيَ رَبُّ المالِ بذلك فجازَ.

(وأمّا) على قولِ أبي يوسفَ الأوّلِ الذي أشارَ إليه ابنُ سِماعةَ، فهو أنّ الحطَّ لا يجوزُ؛ لأنّه قال: إذا كان رَأسُ المالِ ألفًا فرَبِحَ فيه ألفًا، ثم اشترى بألفَيْنِ جاريةً، ثم باعها من

---

(١) في المخطوط: «المضارب».
(٢) في المخطوط: «و».
(٣) في المخطوط: «المالُ».
(٤) في المخطوط: «الأخير».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «باع».

رَبِّ المالِ بألفٍ وخمسِمائةٍ، فإنّ رَبَّ المالِ يَبيعُها مُرابَحةً على ألفٍ وسَبْعِمائةٍ وخمسينَ؛ لأنّ المُضارِبَ حَطَّ من الثّمَنِ خمسَمِائةٍ، نصفُها من نَصيبه ونصفُها من مالِ المُضارَبةِ وهو يَمْلِكُ الحطَّ في حَقِّ نَصيبه، ولا يَمْلِكُ ذلك في مالِ المُضارَبةِ في قولِ أبي يوسفَ ومحمّدٍ، فلم يَصِحَّ حَطُّ نَصيبِ رَبِّ المالِ فلِذلك باع مُرابَحةً على ألفٍ وسَبْعِمائةٍ وخمسينَ، فيَنْبَغي على هذا القولِ إذا باع مُرابَحةً أنْ يقولَ: قامت عَلَيَّ بكذا، ولا يقولَ: اشتريْتُها بكذا؛ لأنّ الزّيادةَ لَحِقَتْ بالثّمَنِ حُكْمًا، والشِّراءُ يَنْصَرِفُ إلى ما وقَعَ العقدُ به، والصّحيحُ قولُه الأخيرُ لِما ذَكَرْنا أنّ عَدَمَ جوازِ الحطِّ في مالِ المُضارَبةِ لِحَقِّ رَبِّ المالِ، فإذا اشترى هو فقد رَضيَ بذلك، فكَأنّه أذِنَ للمُضارِبِ أنْ يَبيعَه بنُقْصانٍ لأجنَبيٍّ.

وذَكَرَ محمّدٌ في كِتابِ المُضارَبةِ: لو اشترى رَبُّ المالِ عبدًا بألفٍ [فباعه من المُضارِبِ بألفَيْنِ ألفٌ رَأسُ المالِ، وألفٌ رِبْحٌ، فإنّ المُضارِبَ يَبيعُه مُرابَحةً على ألفٍ] (١) وخمسِمائةٍ، يَسْقُطُ من ذلك رِبْحُ رَبِّ المالِ، ويَبيعُ على رَأسِ المالِ، ورِبْحُ المُضارِبِ لِما بيَّنّا.

ولو كان رَبُّ المالِ اشترى العبدَ بخمسِمائةٍ، والعبدُ يُساوي ألفَيْنِ فباعه من المُضارِبِ بألفَيْنِ، فإنّ المُضارِبَ يَبيعُه مُرابَحةً على ألفٍ؛ لأنّ رَأسَ المالِ خمسُمِائةٍ ونَصيبُ المُضارِبِ من المالِ خمسُمِائةٍ، وما سِوَى ذلك رِبْحُ رَبِّ المالِ، فلا يَثْبُتُ حُكْمُه على ما بيَّنّا فيما تَقَدَّمَ، إلاّ (أنْ يُبيِّنَ) (٢) الأمرَ على وجهِه، فيَبيعُه كيْفَ شاء؛ لأنّ المانِعَ من البيعِ بجميعِ [٢/ ٢٧٠أ] الثّمَنِ التُّهْمةُ، فإذا بيَّنَ فقد زالَتِ التُّهْمةُ، فيجوزُ البيعُ.

ولو اشتراه رَبُّ المالِ بألفٍ، وقيمَتُه ألفٌ، فباعه من المُضارِبِ بألفَيْنِ؛ ألفٌ مُضارَبةٌ وألفٌ رِبْحٌ فإنّ المُضارِبَ يَبيعُه مُرابَحةً على الألفِ (٣)؛ لأنّه لَمّا اشترى ما قيمَتُه ألف ذَهَبَ، رَبِحُه فلم يَبْقَ له في المالِ حِصّةٌ، وصارَ كأنه (٤) مالُ رَبِّ المالِ فباعه على رَأسِ مالِه.

ولو كان رَبُّ المالِ اشتراه بخمسِمائةٍ، والمسألةُ بحالِها (٥) فإنّ المُضارِبَ يَبيعُه مُرابَحةً

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «إذا تبين».
(٣) في المخطوط: «ألف».
(٤) في المخطوط: «كله».
(٥) في المخطوط: «على حالها».

على خمسِمائةٍ؛ لأنّه لم يَبْقَ للمُضارِبِ حِصّةٌ، فصارَ شِراءُ مالِ رَبِّ المالِ بعضَه ببعضٍ، فيَبيعُه على رَأسِ المالِ الأوّلِ، ولو كان رَبُّ المالِ اشتراه بألفَيْنِ وقيمَتُه ألفٌ، فباعه من المُضارِبِ [(١)] بألفَيْنِ، فإنّ المُضارِبَ يَبيعُه بألفٍ ولا يَبيعُه على أكثرَ من ذلك؛ لأنّ قيمَتَه ألفٌ، فليس فيه رِبْحٌ للمُضارِبِ يَبيعُه عليه، ولأنّ رَبَّ المالِ لَمّا باعه بالفَيْنِ ما يُساوي ألفًا، وهما مُتَّهَمانِ في حَقِّ ألف في العقدِ، فصارَ كأنّه أخذ ألفًا، لا على طريقِ البيعِ وباعه العبدَ بألفٍ، فلا يَبيعُه بأكثرَ [(٢)] من ذلك.

ولو كان العبدُ يُساوي ألفًا وخمسَمِائةٍ، والمسألةُ بحالِها وقد اشتراه بألفٍ وأرادَ المُضارِبُ أنْ يَبيعَه مُرابَحةً، باعه مُرابَحةً على ألفٍ ومِائتَيْنِ وخمسينَ؛ لأنّ في العبدِ رِبْحًا للمُضارِبِ، ونَصيبُه من الرِّبْحِ [هو مع رَبِّ المالِ فيه كالأجنبيِّ، فيَبيعُه على أقَلِّ الثَّمَنَيْنِ مع حِصّةِ المُضارِبِ من الرِّبْحِ] [(٣)].

وذَكَرَ محمّدٌ في الأصلِ: إذا اشترى المُضارِبُ عبدًا بألفِ درهَمٍ مُضارَبةً، فباعه من رَبِّ المالِ بألفَيْنِ، ثم إنّ رَبَّ المالِ باعه من أجنَبيٍّ مُساوَمةً بثلاثةِ آلافِ درهَمٍ، ثم اشتراه المُضارِبُ من الأجنَبيِّ بألفَيْ درهَمٍ، فأرادَ [(٤)] أنْ يَبيعَه مُرابَحةً لم يَجُزْ له ذلك في قولِ أبي حنيفةَ - رحمه الله - إلاّ أنْ يُبَيِّنَ الأمرَ على وجهِه وفي قولِ أبي يوسفَ ومحمّدٍ، يَبيعُه مُرابَحةً على ألفَيْنِ.

وهذِه فُرَيْعةُ مسألةٍ أُخرى مذكورةٍ في البيوعِ، وهي ما إذا اشترى شيئًا فرَبِحَ فيه ثم مَلَكه بشِراءٍ آخَرَ، فأرادَ أنْ يَبيعَه مُرابَحةً، فإنّ عند أبي حنيفةَ يَسْقُطُ الرِّبْحُ، ويُعْتَبَرُ ما مَضَى من العُقودِ وفي مسألَتِنا قد رَبِحَ فيه رَبُّ المالِ ألفَيْ درهَمٍ؛ لأنّ المُضارِبَ لَمّا اشتراه بألفٍ وباعه من رَبِّ المالِ بألفَيْنِ، فنصفُ ذلك الرِّبْحِ لِرَبِّ المالِ، وهو خمسُمِائةٍ، فلَمّا باعه رَبُّ المالِ بثلاثةِ آلافٍ، فقد رَبِحَ فيه ألفًا وخمسَمِائةٍ؛ لأنّه قامَ عليه بألفٍ وخمسِمائةٍ مقدارِ رَأسِ المالِ، ونَصيبُ المُضارِبِ من الرِّبْحِ إذا ضُمَّ إلى ذلك فقد رَبِحَ ألفَيْنِ، فإذا اشتراه المُضارِبُ بألفَيْنِ، وجَبَ أنْ يَطْرَحَ الألفَيْنِ من رَأسِ المالِ فلا يَبْقَى شيءٌ ولِهذا لم يجز البيعُ مُرابَحةً إلاّ بعدَ أنْ يُبَيِّنَ.

---

(١) في المخطوط: «المضاربة».
(٢) في المخطوط: «على أكثر».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «فإن أراد».

وأمّا على قولِهما فإنّما يُعْتَبَرُ العقدُ الأخيرُ خاصّةً فالرِّبْحُ في العقدِ الأوّلِ لا يَحُطُّ من الثّاني فيَبيعُه مُرابَحةً على جميعِ الألفَيْنِ.

حتى لو اشترى المُضارِبُ عبدًا بألفٍ، فباعه من رَبِّ المالِ بألفٍ وخمسِمائةٍ، ثم باعه رَبُّ المالِ من أجنَبيٍّ بألفٍ وستِّمائةٍ، ثم إنّ المُضارِبَ اشتراه من الأجنبيِّ بألفَيْ درهَمٍ، فأرادَ أنْ يَبيعَه مُرابَحةً، باعه على ألفٍ وأربَعِمائةٍ على قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ رَبَّ المالِ قد رَبِحَ فيه سِتَّمائةٍ.

ألا تَرَى أنّ المُضارِبَ لَمّا اشتراه بألفٍ باعه من رَبِّ المالِ بألفٍ وخمسِمائةٍ، فنَصيبُ رَبُّ المالِ من الرِّبْحِ مِائَتانِ وخمسونَ، وكان رَبُّ المالِ اشترى بألفٍ ومِائَتَيْنِ وخمسينَ رَأسَ المالِ، وحِصّةَ المُضارِبِ، فلَمّا باعه بألفٍ وسِتِّمائةٍ، فقد رَبِحَ ثلاثَمِائةٍ وخمسينَ، وقد كان رَبِحَ مِائَتَيْنِ وخمسينَ برِبْحِ المُضارِبِ، فوَجَبَ أنْ يَحُطَّ ذلك المُضارِبُ من الثّمَنِ، فيَبْقَى ألفٌ وأربَعُمِائةٍ، ولو اشترى المُضارِبُ عبدًا بألفٍ، فوَلاّه رَبَّ المالِ ثم إنّ رَبَّ المالِ باعه من أجنَبيٍّ بألفٍ وخمسِمائةٍ، ثم إنّ المُضارِبَ اشتراه من الأجنَبيِّ مُرابَحةً بألفَيْنِ.

ثم إنّ رَبَّ المالِ لَمّا حَطَّ من [1] الأجنَبيِّ ثلاثَمِائةٍ، فإنّ الأجنَبيَّ يَحُطُّ من المُضارِبِ أربَعَمِائةٍ؛ لأنّ رَبَّ المالِ لَمّا حَطَّ من الأجنَبيِّ ثلاثَمِائةٍ، استَنَدَ ذلك الحطُّ إلى العقدِ فكأنّ ذلك المقدارَ لم يَكُنْ، فيُطْرَحُ من رَأسِ المالِ وتُطْرَحُ حِصَّتُه من الرِّبْحِ، وقد كان الأجنَبيُّ رَبِحَ مثلَ ثُلُثِ الثّمَنِ فيَطْرَحُ مع الثّلاثِمِائةِ ثُلُثَها، فيَصيرُ الحطُّ عن المُضارِبِ أربَعَمِائةٍ، فإنْ أرادَ المُضارِبُ أنْ يَبيعَ هذا العبدَ مُرابَحةً، باعه على ألفٍ ومِائَتَيْنِ؛ لأنّ رَبَّ المالِ رَبِحَ أربَعَمِائةٍ.

ألا تَرَى أنّه لو باعه من الأجنَبيِّ فرَبِحَ خمسَمِائةٍ، ثم حَطَّ عنه ثلاثَمِائةٍ - وهذا الحطُّ من رَأسِ المالِ والرِّبْحِ جميعًا - مِائَتَيْنِ من رَأسِ المالِ ومِائةً من الرِّبْحِ، فلَمّا سَقَطَ من الرِّبْحِ مِائةٌ، يَبْقَى الرِّبْحُ أربَعُمِائةٍ، فلَمّا اشتراه المُضارِبُ بألفَيْنِ ثم حَطَّ عنه أربَعَمِائةٍ، صارَ شِراؤه بألفٍ وسِتِّمائةٍ فيَطْرَحُ عنه مقدارَ ما رَبِحَ فيه رَبُّ المالِ، وهو أربَعُمِائةٍ، فيَبيعُه على

(١) في المخطوط: «عن».

ما بَقِيَ وتَجوزُ المُرابَحةُ بين المُضارِبَيْنِ كما تَجوزُ بين المُضارِبِ ورَبِّ المالِ.

قال محمدٌ في الأصلِ: إذا دَفَعَ الرّجلُ إلى رجلٍ ألفَ درهَمٍ مُضارَبةً بالنِّصْفِ، ودَفَعَ إلى رجلٍ آخَرَ ألفَ درهَمٍ مُضارَبةً بالنِّصْفِ [٢/ ٢٧٠ب]، فاشترى أحدُ المُضارِبَيْنِ عبدًا بخمسِمِائةٍ من المُضارَبةِ، فباعه من المُضارِبِ الآخَرِ بألفٍ، فأرادَ الثّاني أنْ يَبيعَه مُرابَحةً، باعه على خمسِمِائةٍ، وهو أقَلُّ الثَّمَنَيْنِ؛ لأنّ مالَ المُضارِبَيْنِ لِرجلٍ واحدٍ، فصارَ بيعُ أحدِهما من الآخَرِ في حَقِّ الأجانِبِ، كبيعِ الإنسانِ مِلْكَه [١] بمالِه، فيَبيعُه مُرابَحةً على أقَلِّ الثَّمَنَيْنِ.

ولو باعه الأوّلُ من الثّاني بألفَيْنِ، ألفٌ من المُضارَبةِ وألفٌ من مالِ نفسِه، فإنّ الثّاني يَبيعُه [مُرابَحةً] [٢] على ألفٍ ومِائتَيْنِ وخمسينَ؛ لأنّ الثّانيَ اشترى نصفَه لِنفسِه بألف، وقد كان الأوّلُ اشترى ذلك النِّصْفَ بمِائتَيْنِ وخمسينَ فيَبيعُه الثّاني مُرابَحةً على ألفٍ؛ لأنّه لا نَصيبَ لِواحدٍ منهما في شِراءِ صاحبه فصارا كالأجنَبِيَّيْنِ، فأمّا النِّصْفُ الذي اشترى الثّاني بألفِ المُضارَبةِ، فقد كان الأوّلُ اشتراه بمِائتَيْنِ وخمسينَ، وهو مالٌ واحدٌ فيَبيعُه على أقَلِّ الثَّمَنَيْنِ.

ولو كان الأوّلُ اشتراه بألفِ المُضارَبةِ فباعه من الثّاني بألفَيْنِ للمُضارَبةِ، ألفٌ رَأسُ المالِ وألفٌ رِبْحٌ، فإنّ الثّانيَ يَبيعُه مُرابَحةً بألفٍ وخمسِمِائةٍ؛ لأنّه يَبيعُه على أقَلِّ الثَّمَنَيْنِ وعلى حِصَّتِه من الرِّبْحِ وأقَلُّ الثَّمَنَيْنِ ألفٌ، وحِصّةُ المُضارِبِ من الربح خمسُمِائةٍ.

ولو كان الأوّلُ اشتراه بخمسِمِائةٍ، والمسألةُ بحالِها باعه الثّاني على ألفٍ؛ لأنّ أقَلَّ الثَّمَنَيْنِ خمسُمِائةٍ، وحِصّةُ المُضارِبِ خمسُمِائةٍ فيَبيعُه مُرابَحةً على أقَلِّ الثَّمَنَيْنِ وحِصّةٍ [٣] من الرِّبْحِ، والرِّبْحُ في المُضارَبةِ بينهما على الشّرطِ، والوضيعةُ على رَبِّ المالِ، والقولُ قولُ المُضارِبِ في دَعْوَى الهَلاكِ؛ لأنّ المالَ أمانةٌ في يَدِه والله أعلم.

(وأمّا) الذي يَسْتَحِقُّه المُضارِبُ بالعملِ:

فالذي يَسْتَحِقُّه بعملِه في مالِ المُضارَبةِ شيئانِ، أحدُهما: النَّفَقةُ والكَلامُ في النَّفَقةِ في مَواضِعَ:

---

(١) في المخطوط: «ما له».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «حصته».

في بيان وُجوبِها.

وفي [بيان] (١) شرطِ الوُجوبِ.

وفيما فيه النّفَقةُ.

وفي تفسيرِ النّفَقةِ.

وفي قدرِها.

وفيما تُحتَسَبُ النّفَقةُ منه.

(أمّا) الوُجوبُ فلأنّ الرِّبْحَ في بابِ المُضارَبةِ يحتملُ الوُجودَ والعَدَمَ، والعاقِلُ لا يُسافِرُ بمالِ غيرِه لِفائدةٍ تحتملُ الوُجودَ والعَدَمَ، مع تَعْجيلِ النّفَقةِ من مالِ نفسِه، فلو لم تُجْعَلْ نَفَقَتُه من (٢) مالِ المُضارَبةِ لامتنَعَ النّاسُ من (٣) قَبولِ المُضارَباتِ مع مِساس الحاجةِ إليها، فكان إقدامُهما على هذا العقدِ، والحالُ ما وصَفْنا إذنًا من رَبِّ المالِ للمُضارِبِ بالإنْفاقِ من مالِ المُضارَبةِ، فكان مَأذونًا (في الإنْفاقِ) (٤) دَلالةً، فصارَ كما لو أذِنَ له به نَصًّا، ولأنّه يُسافِرُ لأجلِ المالِ على سَبيلِ التّبَرُّعِ ولا ببَدَلٍ واجبٍ له لا مَحالةَ، فتكونُ نَفَقَتُه في المالِ بخلافِ المُبْضِعِ لأنه يُسافِرُ بمالِ الغيرِ على وجه التّبَرُّعِ، وبخلافِ الأجيرِ؛ لأنّه يعملُ ببَدَلٍ لأنه زِم في ذِمّةِ المُسْتَأجِرِ لا مَحالة فلا يَسْتَحِقُّ النّفَقةَ وهكذا رَوى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ في الشّريكِ إذا سافَرَ بالمالِ، أنّه (٥) يُنْفِقُ من المالِ كالمُضارِبِ.

-(وامّا) **شرطُ الوُجوبِ** (٦): فخُروجُ المُضارِبِ بالمالِ من المِصْرِ (الذي أخذ المالَ منه مُضارَبةً، سَواءٌ كان المِصْرُ مِصْرَه أو لم يَكُنْ، فما دامَ يعملُ به في ذلك) (٧) المِصْرِ فإنّ نَفَقَتَه في مالِ نفسِه لا في مالِ المُضارَبةِ، وإنْ أنْفَقَ شيئًا منه ضَمن؛ لأنّ دَلالةَ الإذنِ لا تَثْبُتُ في المِصْرِ.

وكذا إقامَتُه في الحضرِ لا تكونُ لأجلِ المالِ؛ لأنّه كان مُقيمًا قبلَ ذلك فلا يَسْتَحِقُّ النّفَقةَ ما لم يخرجْ من ذلك المِصْرِ، سَواءٌ كان خُروجُه بالمالِ مُدّةَ سفرٍ أو أقلَّ من ذلك،

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «في».
(٣) في المخطوط: «عن».
(٤) في المخطوط: «بالإنفاق».
(٥) في المخطوط: «أن».
(٦) في المخطوط: «وجوبها».
(٧) في المخطوط: «فان كان في».

حتى لو خَرَجَ من المِصْرِ يومًا أو يومَيْنِ فلَه أنْ يُنْفِقَ من مالِ المُضارَبةِ.

كذا ذَكَرَ محمّدٌ عن نفسِه وعن أبي يوسفَ (في كتاب المضاربة: لو خرج) [(١)] من المِصْرِ لأجلِ المالِ، وإذا انتهَى إلى المِصْرِ الذي قَصْدَه، فإنْ كان ذلك مِصْرُ نفسِه، أو كان له في ذلك المِصْرِ أهلٌ، سَقَطَتْ نَفَقَتُه حينَ دَخَله؛ لأنّه يَصيرُ مُقيمًا بدُخولِه فيه لا لأجلِ المالِ، وإنْ لم يَكُنْ ذلك مِصْرَه، ولا له فيه أهلٌ، لَكِنّه أقامَ فيه للبيعِ والشِّراءِ، لا تسقُطُ نَفَقَتُه ما أقامَ فيه، وإنْ نَوَى الإقامةَ خمسةَ عَشَرَ يومًا فصاعِدًا ما لم يَتَّخِذْ ذلك المِصْرَ الذي هو فيه دارَ إقامةٍ؛ لأنّه إذا لم يَتَّخِذْه دارَ إقامةٍ، كانت إقامَتُه فيه لأجلِ المالِ، وإنِ اتَّخَذَه وطَنًا كانت إقامَتُه للوَطَنِ لا للمالِ فصارَ كالوطَنِ الأصليِّ، (فنَقولُ: الحاصِلُ) [(٢)] أنّه لا تَبْطُلُ نَفَقةُ المُضارَبةِ بعدَ المُسافرةِ بالمالِ إلاّ بالإقامةِ في مِصْرِه، أو في مِصْرٍ يَتَّخِذُه دارَ إقامةٍ لِما قُلْنا.

ولو خَرَجَ من المِصْرِ الذي دَخَلَه للبيعِ والشِّراءِ بنيّةِ العَوْدِ إلى المِصْرِ الذي أخذ المالَ فيه مُضارَبةً، فإنّ نَفَقَتَه من [(٣)] مالِ المُضارَبةِ حتى يدخلَه، فإذا دَخَلَه فإنْ كان ذلك مِصْرَه، أو كان له فيه أهلٌ، سَقَطَتْ نَفَقَتُه وإلاّ فلا، حتى [(٤)] لو أخذ المُضارِبُ مالاً بالكوفةِ وهو من أهلِ البَصْرةِ، وكان قد قَدِمَ الكوفةَ مُسافِرًا، فلا نَفَقةَ له في [(٥)] المالِ ما دامَ بالكوفةِ لِما قُلْنا، فإذا خَرَجَ منها مُسافِرًا فلَه النَّفَقةُ حتى يَأتيَ البَصْرةَ؛ لأنّ [٢/ ٢٧١أ] خُروجَه لأجلِ المالِ ولا يُنْفِقُ من المالِ ما دامَ بالبَصْرةِ؛ لأنّ البَصْرةَ وطَنٌ أصليٌّ له، فكان إقامَتُه فيها لأجلِ الوطَنِ لا لأجلِ المالِ، فإذا خَرَجَ من البَصْرةِ له أنْ يُنْفِقَ من المالِ حتى [(٦)] يَأتيَ الكوفةَ؛ لأنّ خُروجَه من البَصْرةِ لأجلِ المالِ.

وله أنْ يُنْفِقَ أيضًا ما أقامَ [(٧)] بالكوفةِ حتى يَعودَ إلى البَصْرةِ؛ لأنّ وطَنَه بالكوفةِ كان وطَنَ إقامةٍ، وأنّه يَبْطُلُ بالسَّفَرِ، فإذا عادَ إليها وليس [(٨)] له وطَنٌ، فكان [(٩)] إقامَتُه فيها لأجلِ المالِ، فكان نَفَقَتُه فيه، وكُلُّ مَنْ كان مع المُضارِبِ مِمَّنْ يُعينُه على العملِ، فنَفَقَتُه

---

(١) في المطبوع: «من مَكانِ المُضارَبةِ لِوُجودِ الخُروجِ».
(٢) في المخطوط: «فالحاصل».
(٣) في المخطوط: «في».
(٤) في المخطوط: «و».
(٥) في المخطوط: «و».
(٦) في المخطوط: «إلى أن».
(٧) في المخطوط: «دام».
(٨) في المخطوط: «ليست».
(٩) في المخطوط: «كانت».

من مالِ المُضارَبةِ حُرًّا كان أو عبدًا، أو أجيرًا يخدُمُه أو يخدُمُ دابّتَه؛ لأنّ نَفقَتَهم كنَفقةِ نفسِه؛ لأنّه لا يَتَهَيّأُ له السَّفَرُ إلاّ بهم، إلاّ أنْ يكونَ معه عَبيدٌ لِرَبِّ المالِ بَعَثَهم ليُعاوِنوه، فلا نَفَقةَ لهم في مالِ المُضارَبةِ، ونَفَقَتُهم على رَبِّ المالِ خاصّةً؛ لأنّ إعانةَ عبدِ رَبِّ المالِ كإعانةِ رَبِّ المالِ بنفسِه [١]، ورَبُّ المالِ لو أعانَ المُضارِبَ بنفسِه في العملِ، لم تَكُنْ نَفَقَتُه في مالِ المُضارَبةِ كذا عَبيدُه [٢].

فأمّا عبدُ المُضارِبِ فهو كالمُضارِبِ، والمُضارِبُ إذا عَمِلَ بنفسِه في المالِ، أنْفقَ عليه منه كذا عبدُه.

(وأمّا) بيان ما فيه النّفَقةُ فالنّفَقةُ في مالِ المُضارَبةِ، وله أنْ يُنْفِقَ من مالِ نفسِه، ما له أنْ يُنْفِقَ من مالِ المُضارَبةِ على نفسِه، ويكونُ دَيْنًا في المُضارَبةِ حتى كان له أنْ يرجعَ فيها؛ لأنّ الإنْفاقَ من المالِ وتَدْبيرَه إليه، فكان له أنْ يُنْفِقَ من مالِه، ويرجعَ به على [٣] مالِ المُضارَبةِ، كالوصيِّ إذا أنْفقَ على الصّغيرِ من مالِ نفسِه إنّ له أنْ يرجعَ بما أنْفقَ على مالِ الصّغيرِ لِما قُلْنا، كذا هذا له أنْ يرجعَ بما أنْفقَ في مالِ المُضارَبةِ، لَكِنْ بشرطِ بَقاءِ المالِ، حتى لو هَلَك المالُ لم يرجعْ على رَبِّ المالِ بشيءٍ كذا ذَكَرَ محمّدٌ في المُضارَبةِ؛ لأنّ نَفقةَ المُضارِبِ من مالِ المُضارَبةِ فإذا هَلَك هَلَك بما فيه كالدَّيْنِ يَسْقُطُ بهلاكِ الرَّهْنِ، والزَّكاةِ تسقُطُ بهَلاكِ النِّصابِ، وحُكْمِ الجِنايةِ يَسْقُطُ بهَلاكِ [٤] العبدِ الجاني.

(وأمّا) تفسيرُ النّفَقةِ التي في مالِ المُضارَبةِ فالكِسْوةُ والطَّعامُ والإدامُ والشَّرابُ وأجرُ الأجيرِ، وفِراشٌ يَنامُ عليه، وعَلَفُ دابّتِه التي يَرْكَبُها في سفَرِه، ويَتَصَرَّفُ عليها في حَوائجِه، وغَسْلِ ثيابه ودُهْنِ السِّراج والحطَبِ ونحوِ ذلك، ولا خلافَ بين أصحابِنا في هذِه الجُمْلةِ؛ لأنّ المُضارِبَ لا بُدَّ له منها فكان الإذنُ ثابتًا من رَبِّ المالِ دَلالةً.

(وأمّا) ثَمَنُ الدَّواءِ والحِجامةِ والفصدِ، والتّنَوُّرِ والأدْهانِ، وما يرجعُ إلى التّداوي، وصَلاح البَدَنِ، ففي مالِه خاصّةً لا في مالِ المُضارَبةِ.

وذَكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله في مُخْتَصَرِه في الدُّهْنِ خلافَ محمّدٍ: أنّه في مالِ المُضارَبةِ عندَه، وذَكَرَ في الحِجامةِ والإطْلاءِ بالنّورةِ، والخِضابِ، قولَ الحسَنِ بنِ زيادٍ أنّه قال على

(١) في المخطوط: «نفسه».
(٢) في المخطوط: «عبده».
(٣) في المخطوط: «إلى».
(٤) في المخطوط: «بموت».

قياس قولِ أبي حنيفةَ: يكونُ في مالِ المُضارَبةِ والصّحيحُ أنّه يكونُ في مالِه [خاصّةً] [(١)]؛ لأنّ وُجوبَ النّفَقةِ للمُضارِبِ في المالِ لِدَلالةِ الإذنِ الثّابِتِ عادةً، وهذِه الأشياءُ غيرُ مُعْتادةٍ، هذا إذا قَضَى القاضي بالنّفَقةِ، يَقْضي بالطّعامِ [(٢)] والكِسْوةِ، ولا يَقْضي بهذِه الأشياءِ.

-(وامّا) **الفاكِهةُ:** فالمُعْتادُ منها يجْري مجرَى الطّعامِ والإدامِ، وقال بشْرٌ في نَوادِرِه: سَألتُ أبا يوسفَ عن اللّحْمِ فقال: يَأكُلُ كما كان يَأكُلُ؛ لأنّه من المَأكولِ المُعْتادِ.

وامّا بيان قدر النّفَقةِ: فهو أنْ يكونَ بالمَعْروفِ عند التُّجّارِ من غيرِ إسرافٍ، فإنْ جاوَزَ ذلك ضَمن الفضْلَ؛ لأنّ الإذنَ ثابِتٌ بالعادةِ، فيُعْتَبَرُ القدرُ [(٣)] المُعْتادُ، وسَواءٌ سافَرَ برَأسِ المالِ أو بمَتاعٍ عن [(٤)] المُضارَبةِ؛ لأنّ سفَرَه في الحالينِ لأجلِ المالِ، وكذا لو سافَرَ فلم يَتّفِقْ له شِراءُ مَتاعٍ من حيث قَصَدَ، وعادَ بالمالِ فنَفَقَتُه ما دامَ مُسافِرًا في مالِ المُضارَبةِ؛ لأنّ عملَ التّجارةِ على هذا، وهو أنْ يَتّفِقَ الشّراءُ في وقتٍ دونَ وقتٍ، ومَكانٍ دونَ مَكان، وسَواءٌ سافَرَ بمالِ المُضارَبةِ وحْدَه، أو بمالِه ومالِ المُضارَبةِ، ومالُ المُضارَبةِ لِرجلٍ أو رجلينِ [(٥)]، فلَه النّفَقةُ غيرَ أنّه [إن] [(٦)] سافَرَ بمالِه ومالِ المُضارَبةِ، أو بمالينِ [(٧)] لِرجلينِ، كانت النّفَقةُ من المالينِ بالحِصَصِ؛ لأنّ السّفَرَ لأجلِ المالينِ، فتكونُ النّفَقةُ فيهما.

وإنْ كان أحد المالينِ مُضارَبةً لِرجلٍ، والآخَرُ بضاعةً لِرجلٍ آخَرَ، فنَفَقَتُه في مالِ المُضارَبةِ؛ لأنّ سفَرَه لأجلِه لا لأجلِ البِضاعةِ؛ لأنّه مُتبَرِّعٌ بالعملِ بها، إلاّ أنْ (يَتَبَرّعَ بعملِ) [(٨)] البِضاعةِ، فيُنْفِقُ من مالِ نفسِه؛ لأنّه بَدَلُ العملِ في المُضارَبةِ، وليس على رَبِّ البِضاعةِ شيءٌ، إلاّ أنْ يكونَ أذِنَ له في النّفَقةِ منها؛ لأنّه تَبَرّعَ بأخذِ البِضاعةِ فلا يَسْتَحِقُّ النّفَقةَ كالمودَعِ.

ولو خَلَطَ مالَ المُضارَبةِ بمالِه وقد أذِنَ له في ذلك، فالنّفَقةُ بالحِصَصِ؛ لأنّ سفَرَه لأجلِ المالينِ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «بالإدام».
(٣) في المخطوط: «الفعل».
(٤) في المخطوط: «من».
(٥) في المخطوط: «لرجلين».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «بمال».
(٨) في المخطوط: «يتفرغ لعمل».

(وأمّا) ما تُحتَسَبُ النّفَقةُ منه [(١)]: فالنّفَقةُ [٢/ ٢٧١ب] تُحتَسَبُ من الرِّبْحِ أوّلاً إنْ كان في المال رِبْحٌ، فإنْ لم يَكُنْ فهي من رَأسِ المالِ؛ لأنّ النّفَقةَ جُزْءٌ هالِكٌ من المالِ، والأصلُ أنّ الهَلاكَ يَنصَرِفُ إلى الرِّبْحِ، ولأنّا لو جَعَلْناها من رَأسِ المالِ خاصّةً، أو في نَصيبِ رَبِّ المالِ من الرِّبْحِ لازْدادَ نَصيبُ المُضارِبِ في الرِّبْحِ على نَصيبِ رَبِّ المالِ، فإذا رجع المُضارِبُ إلى مِصْرِه فما فضَلَ عندَه من الكِسْوةِ والطَّعامِ رَدَّه إلى المُضارَبةِ؛ لأنّ الإذنَ له بالنّفَقةِ كان لأجلِ السَّفَرِ، فإذا انقَطَعَ السَّفَرُ لم يَبْقَ الإذنُ، فيجبُ رَدُّ ما بَقيَ إلى المُضارَبةِ.

ورَوَى المُعَلَّى عن أبي يوسف: إذا كان مع الرّجلِ ألفُ درهَم مُضارَبةً، فاشترى عبدًا بألفَيْنِ فأنْفَقَ عليه، فهو مُتَطَوِّعٌ في النّفَقةِ؛ لأنّه لم يَبْقَ في يَدِه شيءٌ من رَأسِ المالِ، فالنّفَقةُ تكونُ استِدانةً على المالِ، وهو لا يَمْلِكُ ذلك، فصارَ كالأجنَبيِّ إذا أنْفَقَ على عبدِ غيرِه، إلاّ أنْ يكونَ القاضي أمَرَه بذلك، فإنْ رَفَعَه إلى القاضي فأمَرَه القاضي بالنّفَقةِ عليه، فما أنْفَقَ فهو عليهما على قدرِ رءوس أموالهما.

قال أبو يوسف رحمه الله: وهذِه قسمةٌ من القاضي بين المُضارِبِ وبين رَبِّ المالِ، إذا قَضَى بالنّفَقةِ، وإنّما صارَتِ النّفَقةُ دَيْنًا بأمرِ القاضي؛ لأنّ له وِلايةً على الغائبِ في حِفْظِ مالِه، وهذا من بابِ الحِفْظِ، فيَمْلِكُ الأمرَ بالاستِدانةِ عليه، وإنّما صار قَضاءُ القاضي بالنّفَقةِ قسمةً لِوُجودِ معنى القسمةِ، وهو التّعْيينُ [(٢)]؛ لأنّ القاضي لَمّا ألزَمَ المُضارِبَ النّفَقةَ لأجلِ نَصيبِه، فقد عَيَّنَ نَصيبَه [(٣)]، ولا يَتَحَقَّقُ تَعْيينُ نَصيبِ المُضارِبِ إلاّ بعدَ تَعْيينِ رَأسِ المالِ، وهذا معنى القسمةِ.

ولو دَفَعَ إلى رجلٍ ألفَ درهَم مُضارَبةً، فاشترى بها جاريةً قيمَتُها ألفانِ، فالنّفَقةُ على المُضارِبِ، وعلى رَبِّ المالِ في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ. وعلى قول محمّدٍ: النّفَقةُ على رَبِّ المالِ كذا حَقَّقَ القُدوريُّ - رحمه الله - الاختِلافَ.

وجه قولِ محمّدٍ: أنّ المُضارِبَ لم يَتَعَيَّنْ له مِلْكٌ؛ لأنّ رَأسَ المالِ غيرُ مُتَعَيِّنٍ [(٤)]، فكانت الجاريةُ على حُكْمِ رَبِّ المالِ، فكانت نَفَقَتُها عليه، ويَحْتَسِبُ بها في رَأسِ مالِه في

---

(١) في المخطوط: «فيه».

(٢) في المخطوط: «التعريف».

(٣) في المخطوط: «نفسه».

(٤) في المخطوط: «معين».

رِوايةٍ عنه. وفي رِوايةٍ أُخرى عنه يُقالُ لِرَبِّ المالِ: أَنْفِقْ إنْ شِئْتَ.

ولهما: أنّ نَصيبَ المُضارِبِ من العبدِ على مِلْكِه، بدَليلِ أنّ إعتاقَه يَنْفُذُ فيه، فلا يجوزُ إلْزامُ رَبِّ المالِ الإنْفاقَ على مِلْكِ غيرِه، فإذا قَضَى على كُلٍّ واحدٍ منهما بنَفَقةِ نَصيبِه، فقد تَعَيَّنَ الرِّبْحُ ورَأسُ المالِ، فيكونُ قسمةً، لِوُجودِ معنى القسمةِ وعلى هذا الخلافِ، العبدُ الآبِقُ من المُضارَبةِ إذا جاءَ به رجلٌ وقيمَتُه ألفانِ، وليس في يَدِه من المُضارَبةِ غيرُ العبدِ أنّ الجعْلَ عليهما في قولِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ؛ لأنّ العبدَ على مِلْكِهما.

وعند محمّدٍ: الجعْلُ على رَبِّ المالِ يحتسب من رَأسِ مالِه، إذْ [(١)] هو زيادةٌ في رَأسِ المالِ، فإذا بيعَ استَوْفَى رَبُّ المالِ رَأسَ مالِه والجعْلَ، وما بَقيَ يكونُ بينهما على ما اشْتُرِطَ من الرِّبْحِ.

قال بشرٌ عن أبي يوسفَ: إنّ الجعْلَ لا يُحْتَسَبُ به في مالِ المرابحة، ويُحْتَسَبُ به فيما بين المُضارِبِ ورَبِّ المالِ، فإنْ كان هناك رِبْحٌ فالجعْلُ منه، وإلاّ فهو وضيعةٌ من رَأسِ المالِ، وإنّما لم يَلْحَقِ الجعْلُ برَأسِ المالِ في بابِ المُرابَحةِ؛ لأنّ الذي يَلْحَقُ رَأسَ [(٢)] المالِ في المُرابَحةِ، ما جَرَتْ عادةُ التُّجّارِ بإلْحاقِه به وما جَرَتْ عادَتُهم بإلْحاقِ الجعْلِ، ولأنّه نادِرٌ غيرُ مُعْتادٍ، فلا يَلْحَقُ بالعادةِ ما ليس بمُعْتادٍ، وإنّما احتُسِبَ به فيما بين المُضارِبِ ورَبِّ المالِ؛ لأنّه غُرْمٌ لَزِمَ لأجلِ المالِ، ويجوزُ أنْ يُحْتَسَبَ بالشّيءِ فيما بين المُضارِبِ ورَبِّ المالِ، ولا يَلْحَقُ برَأسِ المالِ في المُضارَبةِ [(٣)] كنَفَقةِ المُضارِبِ على نفسِه، والله أعلم.

والثّاني: ما يَسْتَحِقُّه المُضارِبُ بعملِه في المُضارَبةِ الصّحيحةِ: وهو الرِّبْحُ المُسَمَّى، إنْ كان في المُضارَبةِ رِبْحٌ، وإن لم يَظْهَرُ الرِّبْحُ بالقسمةِ، وشرطُ جوازِ القسمةِ قبضُ رَأسِ المالِ، فلا تَصِحُّ قسمةُ الرِّبْحِ قبلَ قبضِ رَأسِ المالِ، حتى لو دَفَعَ إلى رجلٍ ألفَ درهَم مُضارَبةً بالنِّصْفِ، فربِحَ ألفًا فاقْتَسَما الرِّبْحَ، ورَأسُ المالِ في يَدِ المُضارِبِ لم يَقْبِضْه رَبُّ المالِ فهَلَكتِ الألفُ التي في يَدِ المُضارِبِ بعدَ قسمَتِهما الرِّبْحَ، فإنّ القسمةَ الأولى لم تَصِحَّ، وما قَبَضَ رَبُّ المالِ فهو مَحْسوبٌ عليه من رَأسِ مالِه، وما قَبَضَه المُضارِبُ دَيْنٌ

---

(١) في المخطوط: «أي».
(٢) في المخطوط: «برأس».
(٣) في المخطوط: «المرابحة».

عليه يَرُدُّه إلى [١] رَبِّ المالِ، حتى يَسْتَوْفيَ رَبُّ المالِ رَأسَ مالِه، ولا تَصِحُّ قسمةُ الرِّبْحِ حتى يَسْتَوْفيَ رَبُّ المالِ رَأسَ المالِ، والأصلُ في اعتِبارِ هذا الشَّرطِ ما رُوِيَ عن رَسُولِ الله ﷺ أنّه قال: «مَثَلُ المُؤمِنِ مَثَلُ التاجِرِ، لا يَسلَمُ له رِبحُه حتى يَسلَمَ له رَأسُ مالِه، كذلك المُؤمِنُ لا تسلَمُ له نوافِلُه حتى تسلَمَ له عَزائمُه» [٢] فدَلَّ الحديثُ على أنّ قسمةَ الرِّبْحِ قبلَ [٣] قبضِ رَأسِ المالِ لا تَصِحُّ؛ ولأنّ الرِّبْحَ زيادةٌ، والزّيادةُ على الشّيءِ لا تكونُ إلاّ بعدَ سَلامةِ [٢/ ٢٧٢أ] الأصلِ، ولأنّ المالَ إذا بَقيَ في يَدِ المُضارِبِ فحُكْمُ المُضارَبةِ بحالِها، فلو صَحَّحْنا قسمةَ الرِّبْحِ (لَثَبَتَتْ قسمةُ) [٤] الفرْعِ قبلَ الأصلِ، فهذا لا يجوزُ.

وإذا لم تَصِحَّ القسمةُ، فإذا هَلكَ ما في يَدِ المُضارِبِ، صارَ الذي اقْتَسَماه هو رَأسُ المالِ، فوَجَبَ على المُضارِبِ أنْ يُرَدَّ منه تَمامَ رَأسِ المالِ، فإنْ قَبَضَ رَبُّ المالِ ألفَ درهَم، رَأسُ مالِه أوّلاً، ثم اقْتَسَما الرِّبْحَ ثم رَدَّ الألفَ التي قَبَضَها بعَيْنِها إلى يَدِ المُضارِبِ على أنْ يعملَ بها بالنِّصْفِ، فهذِه مُضارَبةٌ مُسْتَقْبَلةٌ، فإنْ هَلكتْ في يَدِه لم تُنْتَقَضِ القسمةُ الأولى؛ لأنّ رَبَّ المالِ لَمّا استَوْفَى رَأسَ المالِ فقد انتَهَتِ المُضارَبةُ، وصَحَّتِ القسمةُ، فإذا رَدَّ المالَ إليه فهذا عقدٌ آخَرُ، فهَلاكُ المالِ فيه لا يُبْطِلُ القسمةَ في غيرِه.

ولو كان الرِّبْحُ في المُضارَبةِ الأولى ألفَيْنِ، واقْتَسَما الرِّبْحَ، فأخذ رَبُّ المالِ ألفًا والمُضارِبُ ألفًا، ثم هَلكَ ما في يَدِ المُضارِبِ، فإنّ القسمةَ باطِلةٌ، وما قَبَضَه رَبُّ المالِ مَحْسوبٌ من رَأسِ (المالِ، ورَدَّ) [٥] المُضارِبُ نصفَ الألفِ الذي قَبَضَ؛ لأنّه لَمّا هَلكَ [ما] [٦] في يَدِ المُضارِبِ من رَأسِ المالِ قبلَ صِحّةِ القسمةِ، صارَ ما قَبَضَه رَبُّ المالِ رَأسَ مالِه، وإذا صارَ ذلك رَأسَ المالِ تَعَيَّنَ الرِّبْحُ فيما قَبَضَه المُضارِبُ بالقسمةِ، فيكونُ بينهما على الشّرطِ، فيجبُ عليه أنْ يَرُدَّ نصفَه، وكذلك إنْ كان قد هَلكَ ما قَبَضَه المُضارِبُ من الرِّبْحِ، يجبُ عليه أنْ يَرُدَّ نصفَه؛ لأنّه تبَيَّنَ أنّه قَبَضَ نَصيبَ رَبِّ المالِ من

---

(١) في المخطوط: «على».

(٢) ضعيف: لم أقف عليه بهذا اللفظ ولكنه بلفظ: «مثل المصلي كمثل التاجر لا يخلص...» أخرجه البيهقي في الكبرى (٢/ ٣٨٧)، برقم (٣٨١٧)، وأورده الديلمي في الفردوس (٤/ ١٤٢)، برقم (٦٤٣٧) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه، انظر ضعيف الترغيب والترهيب للألباني، رقم (٢٧٩).

(٣) في المخطوط: «على».

(٤) في المخطوط: «الثبت».

(٥) في المخطوط: «ماله، ويرد».

(٦) ليست في المخطوط.

الرِّبْحِ لِنفسِه، فصارَ ذلك مضمونًا عليه.

ولو هَلك ما قَبَضَ [(١)] رَبُّ المالِ لم يَتَعَيَّنْ بهلاكِه شيءٌ؛ لأنّ ما هَلك بعدَ القبضِ يَهْلَكُ في ضَمانِ القابضِ، فبَقاؤه وهَلاكُه سَواءٌ.

قالوا: ولو اقْتَسَما الرِّبْحَ ثم اختلَفا، فقال المُضارِبُ: قد كُنْتُ دَفَعْتُ إليكَ رَأسَ المالِ قبلَ القسمةِ، وقال رَبُّ المالِ: لم أقبِضْ رَأسَ المالِ قبلَ ذلك، فالقولُ قولُ رَبِّ المالِ، ويَرُدُّ المُضارِبُ ما قَبَضَه لِنفسِه تَمامَ رَأسِ المالِ يَحْتَسِبُ على [رَأسِ] [(٢)] رَبِّ المالِ بما قَبَضَ من رَأسِ مالِه، ويُتِمُّ له رَأسَ المالِ بما يَرُدُّه المُضارِبُ، فإنْ بَقيَ شيءٌ بعدَ ذلك مِمّا قَبَضَه المُضارِبُ كان بينهما نصفَيْنِ، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ المُضارِبَ يَدَّعي أنّها رَأسُ المالِ، ورَبُّ المالِ يُنْكِرُ ذلك، والمُضارِبُ وإنْ كان أمينًا لَكِنّ القولَ قولُ الأمينِ في إسقاطِ الضَّمانِ عن نفسِه، لا في التّسْليمِ إلى غيرِه، ولأنّ المُضارِبَ يَدَّعي خُلوصَ ما بَقيَ من المالِ والرِّبْحِ [(٣)]، ورَبُّ المالِ يجْحَدُ ذلك، فلا يُقْبَلُ قولُ المُضارِبِ في الاستحقاقِ.

فإنْ أقاما البَيِّنَةَ، فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ المُضارِبِ؛ لأنّها تُثْبِتُ إبقاء رَأسِ المالِ، ولا يُقالُ: إن الظّاهِرَ شاهِدٌ للمُضارِبِ فيما ادَّعاه من إيفاءِ رَأسِ المالِ، إذِ الرِّبْحُ لا يكونُ إلاّ بعدَ الإيفاءِ، (إذْ هو) [(٤)] شرطُ صِحّةِ قسمةِ الرِّبْحِ؛ لأنّا نَقولُ قد جَرَتْ عادةُ التُّجّارِ بالمُقاسَمةِ مع بَقاءِ رَأسِ المالِ في يَدِ المُضارِبِ، فلم يَكُنِ الظّاهِرُ شاهدًا للمُضارِبِ.

وذَكَرَ ابنُ سِماعةَ في نَوادِرِه عن أبي يوسفَ في رجلٍ دَفَعَ إلى رجلٍ ألفَ درهَم مُضارَبةً صَحيحةً، ثم جعل رَبُّ المالِ يَأخُذُ الخمْسينَ والعشرينَ لِنَفَقتِه، والمُضارِبُ يعملُ ببقية المال ويَتَرَبَّحُ فيما يَشتري ويَبيعُ، ثم احتَسَبا فإنّهما يَحْتَسِبانِ برَأسِ المالِ، ألفَ درهَم يومَ يَحْتَسِبانِ، والرِّبْحُ بينهما نصفانِ، ولا يكونُ ما أخذ رَبُّ المالِ من النّفَقةِ نُقْصانًا من رَأسِ المالِ ولَكِنّهما يَحْتَسِبَانِ رَأسَ المالِ ألفًا من جميعِ المالِ، وما بَقيَ من ذلك فهو بينهما نصفانِ؛ لأنّا لو جَعَلْنا المقبوضَ من رَأسِ المالِ بَطَلَتِ المُضارَبةُ؛ لأنّ استِرْجاعَ رَبِّ المالِ رَأسَ مالِه يوجِبُ بُطْلانَ المُضارَبةِ، وهما لم يَقْصِدا إبطالَها، فيُجْعَلُ رَأسُ المالِ فيما بَقيَ؛ لِئَلاّ يَبْطُلَ، هذا كله إذا كان في المُضارَبةِ رِبْحٌ، فإنْ لم يَكُنْ فيها رِبْحٌ فلا شيءَ

---

(١) في المخطوط: «قبضه».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «للربح».

(٤) في المخطوط: «وهو».

للمُضارِبِ؛ لأنّ الشّرطَ قد صَحَّ، فلا يَسْتَحِقُّ إلاّ ما شَرَطَ له، وهو الرِّبْحُ ولم يوجَدْ.

(وأمّا) الذي يَسْتَحِقُّه رَبُّ المالِ، فالرِّبْحُ المُسَمَّى (إذا كان) [١] رِبْحٌ، وإنْ لم يَكُنْ فلا شيءَ له على المُضارِبِ، هذا كُلُّه حُكْمُ المُضارَبةِ الصّحيحةِ.

(وأمّا) حُكْمُ المُضارَبةِ الفاسدةِ، فليس للمُضارِبِ أنْ يعملَ شيئًا مِمّا ذَكَرْنا أنّ له أنْ يعملَ [٢] في المُضارَبةِ الصّحيحةِ، ولا يَثْبُتُ بها شيءٌ مِمّا ذَكَرْنا عن أحْكامِ المُضارَبةِ الصّحيحةِ، ولا يَسْتَحِقُّ النّفَقةَ، ولا الرِّبْحَ المُسَمَّى، وإنّما له أجرُ مثلِ عملِه، سَواءٌ كان في المُضارَبةِ رِبْحٌ أو لم يَكُنْ؛ لأنّ المُضارَبةَ الفاسدةَ في معنى الإجارةِ الفاسدةِ، والأجيرُ لا يَسْتَحِقُّ النّفَقةَ ولا المُسَمَّى في الإجارةِ الفاسدةِ، وإنّما يَسْتَحِقُّ أجرَ المثلِ، والرِّبْحُ كُلُّه يكونُ لِرَبِّ المالِ؛ لأنّ الرِّبْحَ نَماءُ مِلْكِه، وإنّما يَسْتَحِقُّ المُضارِبُ شَطْرًا منه بالشّرطِ، ولم يَصِحَّ الشّرطُ [٣] فكان كُلُّه لِرَبِّ المالِ، والخُسْرانُ عليه، والقولُ قولُ المُضارِبِ في دَعْوَى الهَلاكِ والضَّياعُ والهَلاكُ في المُضارَبةِ الفاسدةِ مع يَمينِه، هَكذا [٤] ذَكَرَ في ظاهرِ الرِّوايةِ وجعل المالَ في يَدِه أمانةً كما في [٢/ ٢٧٢ب] المُضارَبةِ الصّحيحةِ.

وذَكَرَ الطّحاويُّ فيه اختِلافًا، وقال: لا ضَمانَ عليه في قولِ أبي حنيفةَ وعندَهما يَضْمَنُ كما في الأجيرِ المُشترَكِ إذا هَلَك المالُ في يَدِه.

فَصْلٌ [في صفة عقد المضاربة]

وأمّا صِفةُ هذا العقدِ: فهو أنّه عقدٌ غيرُ لازِمٍ، ولِكُلِّ واحدٍ منهما أعني رَبَّ المالِ والمُضارِبَ الفسخُ، لَكِنْ عند وُجودِ شرطِه، وهو عِلْمُ صاحبه به لِما ذَكَرْنا في كِتابِ الشَّرِكةِ.

ويُشترَطُ أيضًا أنْ يكونَ رَأسُ المالِ عَيْنًا وقتَ الفسخِ دراهمَ أو دَنانيرَ، حتى لو نَهَى رَبُّ المالِ المُضارِبَ عن التّصَرُّفِ، ورَأسُ المالِ عُروضٌ وقتَ النّهْيِ، لم يَصِحَّ نَهْيُه وله أنْ يَبيعَها؛ لأنّه يَحْتاجُ إلى بيعِها بالدّراهم والدّنانيرِ؛ ليَظْهَرَ له الرِّبْحُ، فكان النّهْيُ والفسخُ إبطالاً لَحَقِّه في التّصَرُّفِ، فلا [٥] يَمْلِكُ ذلك، وإنْ كان رَأسُ المالِ دراهمَ أو دَنانيرَ وقتَ

(١) في المخطوط: «إن كان في المال».
(٢) في المخطوط: «يعمله».
(٣) في المخطوط: «بالشرط».
(٤) في المخطوط: «كذا».
(٥) في المخطوط: «ولا».

الفسخِ والنّهْيِ، صَحَّ الفسخُ والنّهْيُ، لَكِنْ له أنْ يَصْرِفَ الدَّراهِمَ إلى الدَّنانيرِ، والدَّنانيرَ إلى الدَّراهِمِ؛ لأنّ ذلك لا يُعَدُّ بيعًا لاتِّحادِهما في الثّمَنيّةِ.

فصل [في حكم اختلاف المضارب]

وَأمّا حُكْمُ اختِلافِ المُضارِبِ ورَبِّ المالِ: فإنِ اختَلَفا في العُمومِ والخُصوصِ، فالقولُ قولُ مَنْ يَدَّعي العُمومَ، بأنِ ادَّعَى أحدُهما المُضارَبةَ في عُمومِ [١] التِّجاراتِ، أو في عُمومِ الأمكِنةِ، أو مع عُمومٍ من الأشخاصِ [وادَّعَى الآخَرُ نوعًا دونَ نوعٍ ومَكانًا دونَ مَكانٍ، وشَخْصًا دونَ شَخْصٍ] [٢]؛ لأنّ قولَه [٣]: مَنْ يَدَّعي العُمومَ (موافِقٌ للمقصودِ) [٤] بالعقدِ إذِ المقصودُ من العقدِ هو الرِّبْحُ، وهذا المقصودُ في العُمومِ أوفَرُ، وكذلك لو اختَلَفا في الإطْلاقِ والتَّقْييدِ فالقولُ قولُ مَنْ يَدَّعي الإطْلاقَ، حتى لو قال رَبُّ المالِ: أذِنْتُ لك أنْ تَتَّجِرَ في الحِنْطةِ دونَ ما سِواها وقال المُضارِبُ: ما سَمَّيْتَ لي تِجارةً بعَيْنِها فالقولُ قولُ المُضارِبِ مع يَمينِه؛ لأنّ الإطْلاقَ أقرَبُ إلى المقصودِ بالعقدِ على ما بَيَّنّا.

وقال الحسَنُ بنُ زيادٍ: إنّ القولَ قولُ رَبِّ المالِ في الفصلينِ جميعًا وقيلَ: إنّه قولُ زُفَرَ.

ووجهُه: أنّ الإذنَ يُسْتَفادُ من جهته رَبِّ المالِ، فكان القولُ في ذلك قولَه، فإنْ قامَتْ لهما بَيِّنةٌ، فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ مُدَّعي [٥] العُمومَ في دَعْوَى العُمومِ والخُصوصِ؛ [لأنّها تُثْبِتُ زيادةً] [٦] وفي دَعْوَى التَّقْييدِ والإطْلاقِ: البَيِّنةُ بَيِّنةُ مُدَّعي التَّقْييدَ؛ لأنّها تُثْبِتُ زيادةً فيه، وبَيِّنةُ الإطْلاقِ ساكِتةٌ.

ولو اتَّفَقا على الخُصوصِ؛ لَكِنّهما اختَلَفا في ذلك الخاصِّ فقال رَبُّ المالِ: دَفَعْتُ المالَ إليكَ مُضارَبةً في البَزِّ وقال المُضارِبُ: في الطَّعامِ فالقولُ قولُ رَبِّ المالِ في قولِهم جميعًا؛ لأنّه لا يُمْكِنُ التّرْجيحُ هنا بالمقصودِ من العقدِ لاستِوائهما في ذلك فتُرَجَّحُ [٧] بالإذنِ، وإنّه يُسْتَفادُ من رَبِّ المالِ، فإنْ أقاما البَيِّنةَ فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ المُضارِبِ؛ لأنّ بَيِّنَتَه مُثْبِتةٌ

---

(١) في المخطوط: «جميع».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «قول».
(٤) في المخطوط: «يوافق المقصود».
(٥) في المخطوط: «من يدعى».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «فيرجح».

وبَيِّنةُ رَبِّ المالِ نافيةٌ؛ لأنّه لا يَحْتاجُ إلى الإثباتِ، والمُضارِبُ يَحْتاجُ إلى الإثباتِ لِدَفْعِ الضَّمانِ عن نفسِه، فالبَيِّنةُ المُثْبِتةُ لِلزِّيادةِ أولى وقد قالوا في البَيِّنَتَيْنِ إذا تَعارَضَتا في صِفةِ الإذنِ [(١)] وقد وُقِّتَتا: إنّ الوقْتَ الأخيرَ أولى؛ لأنّ الشّرطَ الثّاني يَنْقُضُ الأوّلَ، فكان الرُّجوعُ إليه أولى.

وإنِ اختَلَفا في قدرِ رَأسِ المالِ والرِّبْحِ فقال رَبُّ المالِ: كان رَأسُ مالي [(٢)] ألفًا، وشرَطْتُ لك ثُلُثَ الرِّبْحِ، وقال المُضارِبُ: رَأسُ المالِ ألفٌ، وشَرَطْتَ لي نصفَ الرِّبْحِ فإنْ كان في يَدِ المُضارِبِ ألفُ درهَم يُقِرُّ أنّها مالُ المُضارَبةِ، فالقولُ قولُ المُضارِبِ في أنّ رَأسَ المالِ ألفٌ، والقولُ قولُ رَبِّ المالِ أنّه شَرَطَ ثُلُثَ الرِّبْحِ وهذا قولُ أبي حنيفةَ الآخَرُ [(٣)]، وهو قولُ أبي يوسفَ ومحمّدٍ، وكان قولُه الأوّلُ أنّ القولَ قولُ رَبِّ المالِ في الأمرَيْنِ جميعًا، وهو قولُ زُفَرَ.

وجه قولِه الأوّلِ: أنّ الرِّبْحَ يُسْتَفادُ من أصلِ المالِ، وقد اتَّفَقا على أنّ جُمْلةَ المالِ مُضارَبةٌ، وادَّعَى المُضارِبُ استحقاقًا فيها، ورَبُّ المالِ يُنْكِرُ ذلك فكان القولُ قولَه، بخلافِ ما إذا قال المُضارِبُ: بعضُ هذِه الألفَيْنِ خَلَطْتُه بها، أو بضاعةٌ في يَدي؛ لأنّهما ما اتَّفَقا على أنّ الجميعَ مالُ المُضارَبةِ، ومَنْ كان في يَدِه شيءٌ فالقولُ قولُه.

وجه (قولِه الآخِرِ) [(٤)]: أنّ القولَ في مقدارِ رَأسِ المالِ قولُ المُضارِبِ؛ لأنّهما [(٥)] اختَلَفا في مقدارِ المقبوضِ، فكان القولُ قولَ القابِضِ ألا تَرَى أنّه لو أنْكَرَ القبضَ أصلاً، وقال لم أقبِضْ منكَ شيئًا كان القولُ قوله فكذا إذا أنْكَرَ البعضَ دونَ البعضِ، وإنّما كان القولُ قولَ رَبِّ المالِ في مقدارِ الرِّبْحِ؛ لأنّ شرطَ الرِّبْحِ يُسْتَفادُ من قِبَلِه فكان القولُ في مقدارِ [(٦)] المشروطِ قولَه.

ألا تَرَى أنّه لو أنْكَرَ الشّرطَ رَأسًا، فقال: لم أشرُطْ [(٧)] لك رِبْحًا، وإنّما دَفَعْتُ إليكَ بضاعةً كان القولُ قولَه؟ فكذا إذا أقَرَّ بالبعضِ دونَ البعضِ، وإذا كان القولُ قولَ المُضارِبِ في قدرِ رَأسِ المالِ في قولِه الأخيرِ، فالقولُ قولُ رَبِّ المالِ[٢/ ٢٧٣أ] في مقدارِ الرِّبْحِ

---

(١) في المخطوط: «الأمر».
(٢) في المخطوط: «المال».
(٣) في المخطوط: «الأخير».
(٤) في المخطوط: «القول الأخير».
(٥) في المخطوط: «أنهما».
(٦) في المخطوط: «المقدار».
(٧) في المخطوط: «أشتراط».

في قولِهم : يجْعَلُ رَأسَ المالِ ألفَ درهَمٍ ، ويجْعَلُ للمُضارِبِ ثُلُثَ الألفِ الأُخرى ، فلا يُقْبَلُ قولُ رَبِّ المالِ في زيادةِ رَأسِ المالِ ، ولا يُقْبَلُ قولُ المُضارِبِ في زيادةِ شرطِ الرِّبْحِ وعلى قولِه الأوّلِ يَأخُذُ رَبُّ المالِ الألفَيْنِ جميعًا .

وإنْ كان في يَدِه ثلاثةُ آلافِ درهَمٍ ، والمسألةُ بحالِها أخذ رَبُّ المالِ ألفَ درهَمٍ على قولِه الأخيرِ ، واقْتَسَما ما بَقِيَ من المالِ أثلاثًا وعلى قولِه الأوّلِ ، يَأخُذُ رَبُّ المالِ ألفَيْ درهَمٍ ويَأخُذُ ثُلُثَي الألفِ الأُخرى لِما بَيَّنّا .

وإنْ كان في يَدِ المُضارِبِ قدرَ ما ذَكَرَ أنّه قَبَضَ من رَأسِ المالِ أو أقَلَّ ، ولم يَكُنْ في يَدِه أكثرَ مِمّا أقَرَّ ، فالقولُ قولُ المُضارِبِ عندَهم جميعًا ؛ لأنّه لا سَبيلَ إلى قَبولِ قولِ رَبِّ المالِ في إيجابِ الضَّمانِ على المُضارِبِ ، فإنْ جاءَ المُضارِبُ بثلاثةِ آلافِ [درهَمٍ] [(١)] فقال : ألفٌ رَأسُ المالِ ، وألفٌ رِبْحٌ ، وألفٌ وديعةٌ لِآخَرَ ، أو مُضارَبةٌ لِآخَرَ ، أو بضاعةٌ لِآخَرَ ، أو شَرِكةٌ لِآخَرَ ، أو على ألفٌ دَيْنٌ ، فالقولُ في الوديعةِ والشَّرِكةِ والبِضاعةِ والدَّيْنِ قولُ المُضارِبِ في الأقاويلِ كُلِّها ؛ لأنّ مَنْ في يَدِه شيءٌ فالظّاهِرُ أنّه له ، إلاّ أنْ يَعْتَرِفَ به لِغيرِه ، ولم يَعْتَرِفْ لِرَبِّ المالِ بهذِه الألفِ ، فكان القولُ قوله فيها ، وكُلُّ مَنْ جَعَلْنا القولَ قوله في هذا البابِ فهو مع يَمينِه ، ومَنْ أقامَ منهما بَيِّنةً على ما يَدَّعي [(٢)] من فضْلٍ ، فالبَيِّنةُ بينته لأن بينةَ كُلِّ واحدٍ منهما تُثْبِتُ زيادةً ، فبَيِّنةُ رَبِّ المالِ تُثْبِتُ زيادةً في رَأسِ المالِ ، وبَيِّنةُ المُضارِبِ تُثْبِتُ زيادةً (في الرِّبْحِ) [(٣)] .

وقال محمّد رحمه الله: إذا قال رَبُّ المالِ شَرَطْتُ لك ثُلُثَ الرِّبْحِ وزيادةَ عَشَرةَ دراهِمَ وقال المُضارِبُ : بل شَرَطْتَ لي الثُّلُثَ فالقولُ قولُ المُضارِبِ ؛ لأنّهما اتَّفَقا على شرطِ الثُّلُثِ ، وادَّعى رَبُّ المالِ زيادةً لا مَنْفَعةَ له فيها إلاّ فسادُ العقدِ ، فلا يُقْبَلُ قولُه ، وإنْ قامَتْ لهما بَيِّنةٌ [(٤)] ، فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ رَبِّ المالِ ؛ لأنّها تُثْبِتُ زيادةَ شرطٍ ، ولو قال رَبُّ المالِ : شَرَطْتُ لك الثُّلُثَ إلاّ عَشَرةً ، وقال المُضارِبُ : بل شَرَطْتَ لي الثُّلُثَ فالقولُ قولُ رَبِّ المالِ ؛ لأنّه أقَرَّ له ببعضِ الثُّلُثِ والمُضارِبُ يَدَّعي تَمامَ الثُّلُثِ ، فلا يُقْبَلُ قولُه في زيادةِ شرطِ الرِّبْحِ ، وفي هذا نوعُ إشْكالٍ ، وهو أنّ المُضارِبَ يَدَّعي صِحّةَ العقدِ ، ورَبُّ المالِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط : «ادعى».
(٣) في المخطوط : «ربح».
(٤) في المخطوط : «البينة».

يَدَّعي فسادَه، فيَنْبَغي أنْ يكونَ القولُ قولَ المُضارِبِ.

والجوابُ: أنّ دَعْوَى رَبِّ المالِ وإنْ تَعَلَّقَ به [(١)] فسادُ العقدِ لَكِنّه مُنْكِرٌ لِزيادةٍ يَدَّعيها المُضارِبُ فيُعْتَبَرُ إنْكارُه؛ لأنّه مُفيدٌ في الجُمْلةِ.

ولو قال رَبُّ المالِ: شَرَطْتُ لك نصفَ الرِّبْحِ وقال المُضارِبُ: شَرَطْتَ لي مِائةَ درهَم أو: لم تَشترِطْ لي شيئًا، وليَ أجرُ المثلِ، فالقولُ [(٢)] قولُ رَبِّ المالِ؛ لأنّ المُضارِبَ يَدَّعي أجرًا واجبًا في ذِمّةِ رَبِّ المالِ، ورَبُّ المالِ يُنْكِرُ ذلك، فيكونُ القولُ قولَه فإنْ أقامَ رَبُّ المالِ البيِّنةَ على شرطِ النِّصْفِ، وأقامَ المُضارِبُ البيِّنةَ على أنّه لم يَشترِطْ له شيئًا، فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ رَبِّ المالِ؛ لأنّها مُثْبِتةٌ لِلشَّرْطِ وبيِّنةُ المُضارِبِ نافيةٌ، والمُثْبِتةُ [(٣)] أولى.

ولو أقامَ المُضارِبُ البيِّنةَ أنّه شَرَطَ له مِائةَ درهَم فبَيِّنَتُه أولى؛ لأنّ البيِّنتَيْنِ استَوَيا في إثْباتِ الشّرطِ وبيِّنةُ المُضارِبِ أوجَبَتْ حُكْمًا زائدًا، وهو إيجابُ الأجرِ على رَبِّ المالِ، فكانت أولى.

وذَكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله أنّهم جَعَلوا حُكْمَ المُزارَعةِ في هذا البابِ حُكْمَ المُضارَبةِ إلاّ في هذا الفصلِ خاصّةً، وهو أنّه إذا أقامَ رَبُّ الأرضِ والبَذْرِ البيِّنةَ على أنّه شَرَطَ للعامِلِ نصفَ الخارجِ، وقال العامِلُ: شَرَطْتَ لي مِائةَ قَفيزٍ. فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ الدّافعِ، وفي المُضارَبةِ البيِّنةُ بَيِّنةُ المُضارِبِ والفرْقُ بينهما أنّ المُزارَعةَ عقدٌ لازِمٌ في جانِبِ العامِلِ، بدَليلِ أنّ مَنْ لا بَذْرَ له من جِهَتِه لو امتَنَعَ من العملِ يُجبَرُ عليه، فرَجَّحْنا بَيِّنةَ مَنْ يَدَّعي الصِّحّةَ، والمُضارَبةُ ليستْ بلازِمةٍ، فإنّ المُضارِبَ لو امتَنَعَ من العملِ لا يُجْبَرُ عليه، فلم يَقَعِ التّرْجيحُ بالتّصْحيحِ، فرَجَّحْنا بإيجابِ الضَّمانِ وهو الأجرُ.

ولو قال رَبُّ المالِ: دَفَعْتُ إليكَ بضاعةً، وقال المُضارِبُ: مُضارَبةً بالنِّصْفِ أو بمِائةَ درهَم فالقولُ قولُ رَبِّ المالِ؛ لأنّ المُضارِبَ يَسْتَفيدُ الرِّبْحَ بشرطِه، وهو مُنْكِرٌ، فكان القولُ قوله أنّه لم يُشترَطْ، [ولأنّ المُضارِبَ يَدَّعي استحقاقًا في مالَ الغيرِ، فالقولُ قولُ صاحبِ المالِ] [(٤)].

ولو قال المُضارِبُ: أقرَضْتَني المالَ، والرِّبْحُ لي وقال رَبُّ المالِ: دَفَعْتُ إليكَ مُضارَبةً،

---

(١) في المخطوط: «بها».
(٢) في المخطوط: «فإن القول».
(٣) في المخطوط: «فالمثبتة».
(٤) ليست في المخطوط.

أو بضاعةً فالقولُ قولُ رَبِّ المالِ؛ لأنّ المُضارِبَ يَدَّعي عليه التّمليكَ، وهو مُنْكِرٌ [(١)]، فإنْ أقاما البيِّنَةَ، فالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُضارِبِ؛ لأنّها تُثْبِتُ التّمليكَ، ولأنّه لا تَنافيَ بين البيِّنَتَيْنِ لِجوازِ أنْ يكونَ أعطاه بضاعةً، أو مُضارَبةً، ثم أقرَضَه.

ولو قال المضارِبُ: دَفَعْتَ إلَيَّ مُضارَبةً وقال رَبُّ المالِ: أقرَضْتُكَ فالقولُ قولُ المُضارِبِ [٢/ ٢٧٣ب]؛ لأنّهما اتَّفَقا على أنّ الأخْذَ كان بإذنِ رَبِّ المالِ ورَبُّ المالِ يَدَّعي على المُضارِبِ الضَّمانَ، وهو يُنْكِرُ، فكان القولُ قوله، فإنْ قامَتْ لهما بَيِّنةٌ فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ رَبِّ المالِ؛ لأنّها تُثْبِتُ أصلَ الضَّمانِ.

ولو جَحَدَ المُضارِبُ المُضارَبةَ أصلاً، ورَبُّ المالِ يَدَّعي دَفْعَ المالِ إليه مُضارَبةً: فالقولُ قولُ المُضارِبِ؛ لأنّ رَبَّ المالِ يَدَّعي عليه قبضَ مالِه، وهو يُنْكِرُ، فكان القولُ قوله.

ولو جَحَدَ ثم أقَرَّ به فقد قال ابنُ سِماعةَ في نَوادِرِه: سَمِعْتُ أبا يوسفَ قال في رجلٍ دَفَعَ إلى رجلٍ مالاً مُضارَبةً ثم طَلَبَه منه، فقال: لم تَدْفَعْ إلَيَّ شيئًا ثم قال: بَلى أسْتَغْفِرُ الله العَظيمَ - قد دَفَعْتَ إلَيَّ ألفَ درهَمٍ مُضارَبةً [فهو] [(٢)] ضامِنٌ للمالِ؛ لأنّه أمينٌ، والأمينُ إذا جَحَدَ الأمانةَ ضَمن كالمودَعِ، وهذا؛ لأنّ عقدَ المُضارَبةِ ليس بعقدٍ لازِمٍ، بل هو عقدٌ جائزٌ مُحْتَمِلٌ للفَسْخِ، فكان جُحودُه فسخًا له أو [(٣)] رَفْعًا له، وإذا ارتَفَعَ العقدُ صارَ المالُ مضمونًا عليه كالوديعةِ، فإنِ اشترى بها مع الجُحودِ كان مُشتريًا لِنفسِه؛ لأنّه ضامِنٌ للمالِ فلا يَبْقَى حُكْمُ المُضارَبةِ؛ لأنّ من حُكْمِ المُضارِبة أنْ يكونَ المالُ أمانةً في يَدِه، فإذا صارَ ضمينا لم يَبْقَ أمينًا، فإنْ أقَرَّ بعدَ الجُحودِ لا يَرْتَفِعُ الضَّمانُ؛ لأنّ العقدَ قد ارتَفَعَ بالجُحودِ، فلا يَعودُ إلاّ بسببٍ جَديدٍ، فإنِ اشترى بها بعدَ الإقرارِ فالقياسُ أنْ يكونَ ما اشتراه لِنفسِه؛ لأنّه قد ضَمن المالَ بجُحودِه فلا يَبْرَأُ منه بفعلِه، وفي الاستحسانِ يكونُ ما اشتراه على المُضارَبةِ، ويَبْرَأُ من الضَّمانِ؛ لأنّ الأمرَ [بالشِّراءِ] [(٤)] لم يَرْتَفِعْ مع الجُحودِ بل هو قائمٌ مع الجُحودِ؛ لأنّ الضَّمانَ لا يُنافي الأمرَ بالشِّراءِ، بدَليلِ أنّ مَنْ غَصَبَ من آخَرَ شيئًا، فأمَرَ المَغْصوبُ منه الغاصِبَ ببيعِ المَغْصوبِ أو بالشِّراءِ به صَحَّ الأمرُ، وإنْ كان

---

(١) في المخطوط: «ينكر».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «و».
(٤) ليست في المخطوط.

المَغْصوبُ مضمونًا على الغاصِبِ، وإذا بَقِيَ الأمرُ بعدَ الجُحودِ فإذا اشترى بموجَبِ الأمرِ وقَعَ الشِّراءُ للآمِرِ، ولَنْ يَقَعَ الشِّراءُ له إلاّ بعدَ انتِفاءِ الضَّمانِ، وصارَ كالغاصِبِ إذا باعَ المَغْصوبَ بأمرِ المالِكِ وسَلَّمَ أنّه يَبْرَأُ من الضَّمانِ كذا هذا.

وقوله: المالُ صارَ مضمونًا عليه، فلا يَبْرَأُ من الضَّمانِ بفعلِه. قُلْنا: العَيْنُ المضمونةُ يجوزُ أنْ يَبْرَأَ الضّامِنُ منها بفعلِه كالمَغْصوبِ منه إذا أمرَ الغاصِبَ أنْ يجْعَلَ المَغْصوبَ في موضِعِ كذا، أو يُسَلِّمَه إلى فُلانٍ، إنّه يَبْرَأُ بذلك من الضَّمانِ، وكذلك رجلٌ دَفَعَ إلى رجلٍ ألفَ درهَمٍ، فأمَرَه أنْ يَشتريَ بها عبدًا فجَحَدَه الألفَ، ثم أقَرَّ بها، ثم اشترى، جازَ الشِّراءُ، ويكونُ للآمِرِ وبَرِئَ الجاحدُ من الضَّمانِ ولو اشترى بها عبدًا ثم أقَرَّ لم يَبْرَأْ عن الضَّمانِ، وكان الشِّراءُ له لِما ذَكَرْنا في المُضارِبِ.

ولو دَفَعَ إليه ألفًا وأمَرَه أنْ يَشتريَ بها عبدًا بعَيْنِه ثم جَحَدَ الألفَ ثم اشترى بها العبدَ، ثم أقَرَّ بالألفِ: فإنّ العبدَ للآمِرِ؛ لأنّ الوكيلَ بشِراءِ العبدِ بعَيْنِه لا يَمْلِكُ أنْ يَشتريَه لِنفسِه، فتعَيَّنَ أنْ يكونَ الشِّراءُ للآمِرِ، فصارَ كأنّه أقَرَّ ثم اشترى بخلافِ المُضارِبِ؛ لأنّه يَمْلِكُ أنْ يَشتريَ لِنفسِه، فلا يُحْمَلُ على الشِّراءِ لِرَبِّ المالِ، إلاّ أنْ يُقِرَّ بالمالِ قبلَ الشِّراءِ.

وقال أبو يوسفَ في المَأمورِ ببيعِ العبدِ إذا جَحَدَه إيّاه فادَّعاه لِنفسِه، ثم أقَرَّ له به فباعه: إنّ البيعَ جائزٌ، وهو بَرِيءٌ من ضَمانِه، وكذلك لو دَفَعَ إليه عبدًا فأمَرَه أنْ يَهَبَه لِفُلانٍ فجَحَدَه وادَّعاه لِنفسِه [1]، ثم أقَرَّ له به فأعتقَه جازَ عِتْقُه، لِما ذَكَرْنا أنّ الأمرَ بعدَ الجُحودِ قائمٌ، فإذا جَحَدَ ثم أقَرَّ فوهبه فهو جائز، وكذلك إن أمره بعتقه فجحده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فقد تَصَرَّفَ بأمرِ (رَبِّ المالِ) [2] فيَبْرَأُ من الضَّمانِ.

ولو باعَ العبدَ أو وهَبَه أو أعتَقَه، ثم أقَرَّ بذلك بعدَ البيعِ قال ابنُ سِماعةَ: يَنْبَغي في قياس ما إذا دَفَعَ إليه ألفًا، وأمَرَه أنْ يَشتريَ بها عبدًا بعَيْنِه، إنّه يجوزُ ويَلْزَمُ الآمِرَ؛ لأنّه لا يَمْلِكُ أنْ يَبيعَ العبدَ لِنفسِه.

وقال هِشام: سَمِعْتُ محمّدًا قال في رجلٍ دَفَعَ إلى رجلٍ ألفَ درهَمٍ مُضارَبةً، فجاءَ بألفٍ

---

(١) زاد هنا في المطبوع: «ثم أقَرَّ له به فباعه؛ إنّ البيعَ. جائزٌ وهو بَرِيءٌ من ضَمانِه وكذلك إنْ أمَرَه بعِتْقِه فجَحَدَه؛ وادَّعاه لِنفسِه» وهو اضطراب.

(٢) في المخطوط: «المالك».

وخمسِمائةٍ، فقال: هذِه الألفُ رَأسُ المالِ، وهذِه الخمْسُمِائةِ رِبْحٌ وسَكَتَ ثم قال: عَلَيَّ دَيْنٌ فيه لِفُلانٍ كذا كذا، قال محمّدٌ: القولُ (١) قولُ المُضارِبِ. وقال الحسَنُ بنُ زيادٍ: إذا أقَرَّ المُضارِبُ أنّه عَمِلَ بالمالِ، وأنّ في يَدِه عَشرةَ آلافٍ، [وعَلَيَّ] (٢) فيها دَيْنٌ ألفٌ، أو ألفانِ فقال ذلك في كلامٍ مُتَّصِلٍ، كان القولُ قولَه مع يَمينِه، يَدْفَعُ الدَّيْنَ منه سَمَّى صاحبَه، أو لم يُسَمِّه، وإنْ سَكَتَ سَكْتةً ثم أقَرَّ بذلك وسَمَّى صاحبَه أو لم يُسَمِّه لم يُصَدَّقْ قال: وهذا قياسُ قولِ أبي حنيفةَ وهذا الذي ذَكَرَه الحسَنُ يُخالِفُ ما قال محمّدٌ.

-(ووجهُه) انه[إذا] (٣) قال: في يَدي عَشْرةُ آلافٍ وسَكَتَ، فقد أقَرَّ بالرِّبْحِ، فإذا قال: عَلَيَّ دَيْنٌ ألفٌ فقد رجع عَمّا أقَرَّ به؛ لأنّ الرِّبْحَ لا يكونُ [٢/ ٢٧٤أ] إلاّ بعدَ قَضاءِ الدَّيْنِ والإقرارُ إذا صَحَّ لا يحتملُ الرُّجوعَ عنه، بخلافِ ما إذا قال ذلك مُتَّصِلاً؛ لأنّ الإقرارَ لم يَسْتَقِرَّ بعدُ، وكان بمنزلةِ الاستِثْناءِ.

(وجه) قولِ محمّدٍ إنه (٤) أقَرَّ بالدَّيْنِ في حالٍ يَمْلِكُ الإقرارَ به، فيَنْفُذُ إقرارُه كما إذا قال: هذا رِبْحٌ وعَلَيَّ دَيْنٌ.

وقوله: إنّ قوله عَلَيَّ دَيْنٌ بعدَما سَكَتَ، يكونُ رُجوعًا عَمّا أقَرَّ به من الرِّبْحِ، ممنوعٌ فإنّه يجوزُ أنّه رَبِحَ ثم لَزِمَه الدَّيْنُ، ألا تَرَى أنّ الرّجلَ يقولُ: قد رَبِحْت ولَزِمَني دَيْنٌ، وهو يَمْلِكُ الإقرارَ بالدَّيْنِ، فإذا أقَرَّ به صَحَّ؟

ولو جاءَ المُضارِبُ بألفَيْنِ، فقال: ألفٌ رَأسُ المالِ، وألفٌ رِبْحٌ ثم قال: أربَحِ إلاّ خمسَمِائةٍ، ثم هَلك المالُ كُلُّه في يَدِ المُضارِبِ فإنّ المُضارِبَ يَضْمَنُ الخمْسَمِائةِ التي جَحَدَها، ولا ضَمانَ عليه في باقي المالِ؛ لأنّ الرِّبْحَ أمانةٌ في يَدِه، فإذا جَحَدَه صارَ غاصِبًا بالجُحودِ فيَضْمَنُ إذا هَلك.

ولو قال المُضارِبُ لِرَبِّ المالِ: قد دَفَعْتُ إليكَ رَأسَ مالِكَ، والذي بَقِيَ في يَدي رِبْحٌ ثم رجع فقال: لم أدْفَعْه إليكَ، ولَكِنْ هَلك فإنّه يَضْمَنُ ما ادَّعَى دَفْعَه إلى رَبِّ المالِ؛ لأنّه صارَ جاحدًا بدَعْوَى الدَّفْعِ، فيَضْمَنُ بالجُحودِ.

وكذلك لو اختَلَفا في الرِّبْحِ ثم رجع، فقال: لم أدْفَعْه إليكَ ولَكِنه هَلك فإنّه يَضْمَنُ ما

---

(١) في المخطوط: «قُبِلَ».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المطبوع: «إنّ».

ادَّعَى دَفْعَه إلى رَبِّ المالِ لِما بَيَّنّا .

ولو اختَلَفا في الرِّبْحِ ، فقال رَبُّ المالِ : شَرَطْتُ لك الثُّلُثَ وقال المُضارِبُ : شَرَطْتَ لي النِّصْفَ ثم هَلك المالُ في يَدِ المُضارِبِ قال محمّدٌ : يَضْمَنُ المُضارِبُ السُّدُسَ من الرِّبْحِ ، يُؤَدّيه إلى رَبِّ المالِ من مالِه خاصّةً ، ولا ضَمانَ عليه فيما سِوَى ذلك ؛ لأنّا قد بَيَّنّا أنّ القولَ في شرطِ الرِّبْحِ قولُ رَبِّ المالِ ، وإذا كان كذلك فنَصيبُ المُضارِبِ الثُّلُثُ ، وقد ادَّعَى النِّصْفَ ، ومَنِ ادَّعَى أمانةً في يَدِه ضَمنها ، لِذلك يَضْمَنُ سُدُسَ الرِّبْحِ واللّه - عَزَّ وجَلَّ - الموَفِّقُ .

فصل: [فيما يبطل عقد المضاربة]

وَأمّا بيانُ ما يَبْطُلُ به عقدُ المُضارَبةِ : فعقدُ المُضارَبةِ يَبْطُلُ بالفسخِ ، وبالنّهْيِ عن التّصَرُّفِ ، لَكِنْ عند وُجودِ شرطِ الفسخِ والنّهْيِ وهو عِلْمُ صاحبه بالفسخِ والنّهْيِ ، وأنْ يكونَ رَأسُ المالِ عَيْنًا وقتَ الفسخِ والنّهْيِ ، فإنْ كان مَتاعًا لم يَصِحَّ ، وله أنْ يَبيعَه بالدَّراهمِ والدَّنانيرِ حتى يَنِضَّ كما ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ وإنْ كان عَيْنًا صَحَّ لَكِنْ له صَرْفُ الدَّراهمِ إلى الدَّنانيرِ ، والدَّنانيرِ إلى الدَّراهمِ بالبيعِ ، لِما ذَكَرْنا أنّ ذلك لا يُعَدُّ بيعًا لِتَجانُسِهما في معنى الثّمَنيّةِ ، وتَبْطُلُ بموتِ أحدِهما ؛ لأنّ المُضارَبةَ تَشتمِلُ على الوكالةِ ، والوكالةُ تَبْطُلُ بموتِ الموَكِّلِ والوكيلِ وسَواءٌ عَلِمَ المُضارِبُ بموتِ رَبِّ المالِ أو لم يَعْلم لأنّه عَزْلٌ حُكْميٌّ فلا يَقِفُ على العِلْمِ كما في باب الوكالةِ ، إلاّ أنّ رَأسَ المالِ إذا صارَ مَتاعًا ، فللوَكيلِ أنْ يَبيعَ حتى يَصيرَ ناضًّا لِما بَيَّنّا .

وتَبْطُلُ بجُنونِ أحدِهما إذا كان مُطْبِقًا ؛ لأنّه يُبْطِلُ أهليّةَ الأمرِ للآمِرِ ، وأهليّةَ التّصَرُّفِ للمَأمورِ .

وكُلُّ ما تَبْطُلُ به الوكالةُ تَبْطُلُ به المُضارَبةُ ، وقد تَقَدَّمَ في كِتابِ الوكالةِ تفصيلُه .

ولو ارتَدَّ رَبُّ المالِ فباع المُضارِبُ واشترى بالمالِ بعدَ الرِّدّةِ ، فذلك كُلُّه موقوفٌ في قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله إنْ رجع إلى الإسلامِ بعدَ ذلك نَفَذَ كُلُّه ، والتَحقَتْ رِدَّتُه بالعَدَمِ في جميعِ أحْكامِ المُضارَبةِ وصارَ كأنّه لم يَرْتَدَّ أصلاً ، وكذلك إنْ لَحِقَ بدارِ الحرْبِ ، ثم عادَ مسلمًا قبلَ أنْ يُحْكَمَ بلِحاقِه بدارِ الحرْبِ ، على الرِّوايةِ التي يَشترِطُ حُكْمَ الحاكِمِ

بِلحاقِه للحُكْم بموتِه وصَيْرورةِ أموالِه ميراثًا لِوَرَثَتِه فإنْ مات أو قُتِلَ على الرِّدّةِ، أو لَحِقَ بدارِ الحرْبِ، وقَضَى القاضي بِلحاقِه بَطَلَتِ المُضارَبةُ من يوم ارتَدَّ على أصلِ أبي حنيفةَ رحمه الله أنّ مِلْكَ المُرْتَدِّ موقوفٌ إنْ مات أو قُتِلَ، أو لَحِقَ فحُكِمَ باللُّحوقِ، يَزولُ مِلْكه من وقتِ الرِّدّةِ إلى ورَثَتِه، ويَصيرُ كأنّه مات في ذلك الوقْتِ، فيَبْطُلُ تَصَرُّفُ المُضارِبِ بأمرِه لبُطْلانِ أهليّةِ الآمِرِ، [ويَصيرُ كأنّه تَصرَّفَ في مِلْكِ الورَثةِ] (١)، فإنْ كان رَأسُ المالِ يومَئِذٍ قائمًا في يَدِه، لم يَتَصرَّفْ فيه، ثم اشترى بعدَ ذلك، فالمُشترَى ورِبْحه يكونُ له؛ لأنّه زالَ مِلْكُ رَبِّ المالِ عن المالِ فيَنْعَزِلُ المُضارِبُ عن المُضارَبةِ، فصارَ مُتَصرِّفًا في مِلْكِ الورَثةِ بغيرِ أمرِهم.

وإنْ كان صارَ رَأسُ المالِ مَتاعًا، فبيعُ المُضارِبِ فيه وشِراؤُه جائزٌ، حتى يَنِضَّ رَأسُ المالِ لِما ذَكَرْنا أن المضارب في هذِه الحالةِ، لا يَنْعَزِلُ بالعَزْلِ والنَّهْيِ، ولا بموتِ رَبِّ المالِ، فكذلك رِدَّتُه، فإنْ حَصَلَ في يَدِ المُضارِبِ (٢) دَنانيرُ ورَأسُ المالِ دراهِمُ، أو حَصَلَ في يَدِه دراهِمُ ورَأسُ المالِ دَنانيرُ، فالقياسُ أنْ لا يجوزَ له التّصَرُّفُ؛ لأنّ الذي حَصَلَ في يَدِه من جنسِ رَأسِ المالِ مَعْنًى لاتِّحادِهما في الثَّمَنيّةِ فيَصيرُ كأنّ عَيْنَ المالِ قائمٌ في يَدِه إلاّ أنّهم استَحْسَنوا فقالوا إنْ باع بجنسِ رَأسِ المالِ جازَ؛ لأنّ على المُضارِبِ أنْ يَرُدَّ [٢/ ٢٧٤ب] مثلَ رَأسِ المالِ، فكان له أنْ يَبيعَ ما في يَدِه كالعُروضِ.

وأمّا على أصلِ أبي يوسفَ ومحمّدٍ: فالرِّدّةُ لا تَقْدَحُ في مِلْكِ المُرْتَدِّ، فيجوزُ تَصرُّفُ المُضارِبِ بعدَ رِدّةِ رَبِّ المالِ، كما يجوزُ تَصرُّفُ رَبِّ المالِ بنفسِه عندَهما، فإنْ مات رَبُّ المالِ أو قُتِلَ كان موتُه كموتِ المسلمِ في بُطْلانِ عقدِ المُضارَبةِ.

وكذلك إنْ لَحِقَ بدارِ الحرْبِ وحُكِمَ بلِحاقِه؛ لأنّ ذلك بمنزلةِ الموتِ، بدَليلِ أنّ مالَه يَصيرُ ميراثًا لِوَرَثَتِه، فبَطَلَ أمرُه في المالِ، فإنْ لم يَرْتَدَّ رَبُّ المالِ ولَكِنَّ المُضارِبُ ارتَدَّ، فالمُضارَبةُ على حالِها في قولِهم جميعًا؛ لأنّ وُقوفَ تَصرُّفِ رَبِّ المالِ بنفسِه لِوُقوفِ مِلْكِه، ولا مِلْكَ للمُضارِبِ فيما يَتَصرَّفُ فيه، بل المِلكُ لِرَبِّ المالِ، ولم توجَدْ منه الرِّدّةُ، فبَقيَتِ المُضارَبةُ إلاّ أنّه لا عُهْدةَ على المُضارِبِ، وإنّما العُهْدةُ على رَبِّ المالِ في قياس قولِ أبي حنيفةَ - رحمه الله؛ لأنّ العُهْدةَ تَلْزَمُ بسببِ المالِ فتكونُ على رَبِّ المالِ،

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «رب المال».

وصارَ كما لو وكَّلَ صَبيًّا مَحجورًا أو عبدًا مَحْجورًا، فأمّا على قولِهما فالعُهْدةُ عليه؛ لأنّ تَصَرُّفَه كتَصَرُّفِ المسلمِ.

وإنْ [(١)] مات المُضارِبُ أو قُتِلَ على الرِّدّةِ بَطَلَتِ المُضارَبةُ؛ لأنّ موتَه في الرِّدّةِ كموتِه قبلَ الرِّدّةِ، وكذا إذا لَحِقَ بدارِ الحرْبِ وقُضيَ بلُحوقِه؛ لأنّ رِدَّتَه مع اللَّحاقِ، والحُكْمُ به بمنزلةِ موتِه في بُطْلانِ تَصَرُّفِه.

فإنْ لَحِقَ المُضارِبُ بدارِ الحرْبِ بعدَ رِدَّتِه فباع واشترى هناك، ثم رجع مسلمًا، فجميعُ ما اشترى وباع في دارِ الحرْبِ يكونُ له، ولا ضَمانَ عليه في شيءٍ من ذلك؛ لأنّه لَمّا لَحِقَ بدارِ الحرْبِ صارَ كالحرْبيِّ إذا استَوْلى على مالِ إنسانٍ، ولَحِقَ بدارِ الحرْبِ، إنّه يَمْلِكُه، فكذا المُرْتَدُّ.

وأمّا ارتِدادُ المَرْأةِ أو عَدَمُ ارتِدادِها سَواءٌ في قولِهم جميعًا، سَواءٌ كان المالُ لها أو كانت مُضارَبةً؛ لأنّ رِدَّتَها لا تُؤَثِّرُ في مِلْكِها، إلاّ أنْ تَموتَ، فتَبْطُلُ المُضارَبةُ كما لو ماتتْ قبلَ الرِّدّةِ، أو لَحِقَتْ بدارِ الحرْبِ، وحُكِمَ بلِحاقِها، لِما ذَكَرْنا أنّ ذلك بمنزِلةِ الموتِ والله أعلم.

وتَبْطُلُ بهَلاكِ مالِ المُضارَبةِ في يَدِ المُضارِبِ قبلَ أنْ يَشتريَ به شيئًا في قولِ أصحابِنا؛ لأنّه تَعَيَّنَ لِعقدِ المُضارَبةِ بالقبضِ فيَبْطُلُ العقدُ بهَلاكِه كالوديعةِ.

وكذلك لو استَهْلكه المُضارِبُ أو أنْفَقَه أو دَفَعَه إلى غيرِه، فاستَهْلكه لِما قُلْنا حتى لا يَمْلِكُ أنْ يَشتريَ به شيئًا للمُضارَبةِ به، فإنْ أخذ مثلَه من الذي استَهْلكه، كان له أنْ يَشتريَ به على المُضارَبةِ، كذا رَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ؛ لأنّه أخذ عِوَضَ رَأسِ المالِ، فكان أخْذُ عِوَضِه بمنزلةِ أخْذِ ثَمَنِه، فيكونُ على المُضارَبةِ.

ورَوَى ابنُ رُسْتُمَ عن محمّدٍ أنّه لو أقرَضَها المُضارِبُ رجلاً، فإنْ رَجَّعَ إليه الدَّراهمَ بعَيْنِها، رجعتْ على المُضارَبةِ؛ لأنّه وإنْ تَعَدَّى يَضْمَنُ لَكِنْ زالَ التّعَدّي فيَزولُ الضَّمانُ المُتَعَلِّقُ به، وإنْ أخذ مثلَها لم يرجعْ في المُضارَبةِ؛ لأنّ الضَّمانَ [قد استَقَرَّ] [(٢)] بهَلاكِ العَيْنِ، وحُكْمُ المُضارَبةِ مع الضَّمانِ لا يجْتَمِعانِ ولِهذا [(٣)] يُخالِفُ ما رَواه الحسَنُ [بنُ

---

(١) في المخطوط: «ولو».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «وهذا».

زيادٍ] (١) عن أبي حنيفةَ في الاستِهْلاكِ والله أعلم، هذا إذا هَلك مالُ المُضارَبةِ قبلَ أنْ يَشتريَ المُضارِبُ شيئًا، فإنْ هَلك بعدَ الشِّراءِ بأنْ كان مالُ المُضارَبةِ ألفًا، فاشترى بها جاريةً ولم يَنْقُدِ الثّمَنَ البائعَ حتى هَلكتِ الألفُ، فقد قال أصحابُنا: الجاريةُ على المُضارَبةِ ويرجعُ على رَبِّ المالِ بالألفِ، فيُسَلِّمُها إلى البائعِ، وكذلك إنْ هَلكتِ الثّانيةُ التي قَبَضَ يرجعُ بمثلِها على رَبِّ المالِ، وكذلك سَبيلُ الثّالِثةِ والرّابعةِ، وما بعدَ ذلك أبَدًا حتى يُسَلِّمَ إلى البائعِ، ويكونَ ما دَفَعَه أوّلاً رَبُّ المالِ، وما غَرِمَ كُلُّه من رَأسِ المالِ، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ المُضارِبَ مُتَصَرِّفٌ لِرَبِّ المالِ، فيرجعُ بما لَحِقَه من الضَّمانِ بتَصَرُّفِه [له] (٢) كالوكيلِ.

غيرَ أنّ الفرْقَ بين الوكيلِ والمُضارِبِ: أنّ الوكيلَ إذا هَلك الثّمَنُ في يَدِه فرجع (٣) بمثلِه إلى (٤) الموَكِّلِ، ثم هَلك الثّاني لم يرجعْ على الموَكِّلِ، والمُضارِبُ يرجعُ في كُلِّ مَرّةٍ.

ووجه الفرْقِ: أنّ الوكالةَ قد انتَهتْ بشِراءِ الوكيلِ؛ لأنّ المقصودَ من الوكالةِ بالشِّراءِ استِفادةُ مِلْكِ المَبيعِ لا الرِّبْحِ، فإذا اشترى فقد حَصَلَ المقصودُ فانتَهَى عقدُ الوكالةِ بانتِهائه (٥)، ووَجَبَ على الوكيلِ الثّمَنُ للبائعِ، فإذا هَلك في يَدِه قبلَ أنْ يَنْقُدَه البائعَ، وجَبَ للوَكيلِ على الموَكِّلِ مثلُ ما وجَبَ للبائعِ عليه، فإذا قَبَضَه مَرّةً فقد استَوْفَى حَقَّه، فلا يجبُ له عليه شيءٌ آخرُ.

فأمّا المُضارَبةُ: فإنّها لا تَنْتَهي بالشِّراءِ؛ لأنّ المقصودَ منها الرِّبْحُ، و[أنه] (٦)لا يَحْصُلُ إلاّ بالبيعِ والشِّراءِ مَرّةً بعدَ أُخرى، فإذا بَقيَ العقدُ فكان له أنْ يرجعَ ثانيًا وثالِثًا، وما غَرِمَ رَبُّ المالِ مع الأوّلِ يَصيرُ كُلُّه رَأسَ المالِ؛ لأنّه غَرِمَ لِرَبِّ المالِ بسببِ المُضارَبةِ، فيكونُ كُلُّه من مالِ المُضارَبةِ، ولأنّ المقصودَ من هذا العقدِ هو الرِّبْحُ فلو لم يعتبر ما غَرِمَ رَبُّ المالِ من رَأسِ المالِ ويَهْلَكُ [٢/ ٢٧٥أ] مَجّانًا، يَتَضرَّرُ به رَبُّ المالِ؛ لأنّه يُخَسِّرُ ويُرَبِّحُ المُضارِبَ، وهذا لا يجوزُ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «يرجع».
(٤) في المخطوط: «على».
(٥) في المخطوط: «بنهايته».
(٦) زيادة من المخطوط.

ولو قَبَضَ المُضارِبُ الألفَ الأولى فتَصَرَّفَ فيها حتى صارَتْ ألفَيْنِ، ثم اشترى بها جاريةً قيمَتُها ألفانِ، فهَلكتِ الألفانِ قبلَ أنْ يَنْقُدَها البائعُ، فإنّه يرجعُ على رَبِّ المالِ بألفٍ وخمسِمائةٍ، ويَغْرَمُ المُضارِبُ من مالِه خمسَمِائةٍ، وهي حِصَّتُه من الرِّبْحِ، فيكونُ رُبْعُ الجاريةِ للمُضارِبِ خاصّةً، وثلاثةُ أرباعِها [1] على المُضارَبةِ، ورَأسُ المالِ في هذِه الثّلاثةِ الأرباعِ ألفانِ وخمسُمِائةٍ وإنّما كان كذلك؛ لأنّه لَمّا اشترى الجاريةَ بألفَيْنِ فقد اشتراها أرباعًا، رُبْعُها للمُضارِبِ وثلاثةُ أرباعِها لِرَبِّ المالِ؛ لأنّه اشتراها بعدَما ظَهَرَ مِلْكُ المُضارِبِ في الرِّبْحِ؛ لأنّه اشتراها بألفَيْنِ، ورَأسُ المالِ ألفٌ - فحِصّةُ رَبِّ المالِ من الرِّبْحِ خمسُمِائةٍ، وحِصّةُ المُضارِبِ خمسُمِائةٍ، فما اشتراه لِرَبِّ المالِ رجع به عليه، وما اشتراه لِنفسِه فضَمانُه عليه، وإنّما خَرَجَ رِبْحُ الجاريةِ من المُضارَبةِ؛ لأنّ القاضيَ لَمّا ألزَمَه [2] ضَمانَ حِصَّتِه من الرِّبْحِ فقد عَيَّنَه، ولا يَتَعَيَّنُ إلاّ بالقيمةِ، فخَرَجَ الرِّبْحُ من المُضارَبةِ وبَقِيَ الباقي على ما كان عليه، وقد لَزِمَ رَبَّ المالِ ألفٌ وخمسُمِائةٍ بسببِ المُضارَبةِ، فصارَ ذلك زيادةً في رَأسِ المالِ، فصارَ رَأسُ المالِ ألفَيْنِ [3] وخمسَمِائةٍ.

فإنْ بيعَتْ هذِه الجاريةُ بأربعَةِ آلافٍ، منها للمُضارِبِ ألفٌ؛ لأنّ ذلك حِصَّتُه من الرِّبْحِ، فكان مِلْكُه، وبَقِيَ ثلاثةُ آلافٍ على المُضارَبةِ، لِرَبِّ المالِ منها ألفانِ وخمسُمِائةٍ رَأسُ مالِه، يَبْقَى رِبْحٌ خمسُمِائةٍ، فيكونُ بينهما نصفَيْنِ على الشّرطِ.

ولو كانت الجاريةُ تُساوي ألفَيْنِ، والشِّراءُ بألفٍ، وهي مالُ المُضارَبةِ، فضاعَتْ، غَرِمَها رَبُّ المالِ كُلَّها؛ لأنّ الشِّراءَ إذا وقَعَ بألفٍ فقد وقَعَ بثَمَنٍ، كُلِّه رَأسُ المالِ، وإنّما يَظْهَرُ الرِّبْحُ في الثّاني، فيكونُ الضَّمانُ على رَبِّ المالِ، بخلافِ الفصلِ الأوّلِ فإنّ هناك الشِّراءَ وقَعَ بألفَيْنِ، فظَهَرَ رِبْحُ المُضارِبِ، وهَلك [4] رُبْعُ الجاريةِ، فيَغْرَمُ حِصّةَ ذلك الرُّبْعِ من الثّمَنِ ورُوِيَ عن محمّدٍ في المُضارِبِ إذا اشترى جاريةً بألفَيْ درهَمٍ، ألفٌ رِبْحٌ، وقيمَتُها ألفٌ، فضاعَتِ الألفانِ قبلَ أنْ يَنْقُدَها البائعَ، أنّ على المُضارِبِ الرُّبْعَ، وهو خمسُمِائةٍ، وعلى رَبِّ المالِ ألفٌ وخمسُمِائةٍ، وهذا على ما بيَّنّا.

قال محمّدٌ رحمه الله: ولو اشترى جاريةً تُساوي ألفَيْنِ، بأمةٍ تُساوي ألفًا، وقَبَضَ التي

---

(١) في المخطوط: «أرباع الجارية».
(٢) في المخطوط: «لزمه».
(٣) في المخطوط: «ألفًا».
(٤) في المخطوط: «وملك».

اشتراها، ولم يَدْفَعْ أمَتَه حتى ماتتا جميعًا في يَدِه، فإنّه يَغْرَمُ قيمةَ التي اشترى، وهي ألفٌ، يرجعُ بذلك [على رَبِّ المالِ] [١]؛ لأنّ المضمونَ عليه قيمةُ الجاريةِ التي اشتراها، ولا فضلَ في ذلك عن رَأسِ المالِ، وهذا إنّما يجوزُ، وهو أنْ يَشتريَ المُضارِبُ جاريةً قيمَتُها ألفٌ بألفَيْنِ، إذا كان رَبُّ المالِ قال له: اشترِ بالقليلِ والكَثيرِ، وإلاّ فشِراءُ المُضارِبِ على هذا الوجه لا يَصِحُّ في قولِهم جميعًا.

وذَكَرَ ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ في موضِعٍ آخَرَ في نَوادِرِه، في رجلٍ دَفَعَ إلى رجلٍ ألفَ درهَم مُضارَبةً بالنِّصْفِ، فاشترى المُضارِبُ وباع حتى صارَ المالُ ثلاثةَ آلافٍ، فاشترى بثلاثةِ آلافٍ ثلاثةَ أعبُدٍ، قيمةُ كُلِّ واحدٍ ألفٌ، ولم يَنْقُدِ المالَ حتى ضاعَ قال: يَغْرَمُ ذلك كُلَّه على رَبِّ المالِ، ويكونُ رَأسُ المالِ أربَعةَ آلافٍ؛ لأنّ المُضارِبَ لم يَتَعَيَّنْ له مِلْكٌ في واحدٍ من العَبيدِ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهم يجوزُ أنْ يكونَ رَأسَ المالِ، لِهذا لا يَنْفُذُ عِتْقُه فيهم، فيرجعُ بجميعِ ثَمَنِهم.

وقد عَلَّلَ محمّدٌ لِهذا فقال من قبلُ: إنّ المُضارِبَ لم يَكُنْ يجوزُ عِتْقُه في شيءٍ من العَبيدِ، وهذا يُخالفُ ما ذَكَرَه الكَرْخيُّ، فإنّه قال: إنّ محمّدًا يَعْتَبِرُ المضمونَ على المُضارِبِ الذي يَغْرَمُه دونَ ما وجَبَ عليه من الثّمَنِ.

ومعنى هذا الكَلامِ أنّ المُضارِبَ إذا قَبَضَ ولم يَنْقُدِ الثّمَنَ حتى هَلك، كان المُعْتَبَرُ ما يجبُ عليه ضَمانُه، فإنْ كان ما يَضْمَنُه زائدًا على رَأسِ المالِ، كان على المُضارِب حِصّةُ ذلك، وإلاّ فلا، وهذا بخلافِ [٢] الأوّلِ؛ لأنّا إذا اعتَبَرْنا الضَّمانَ فقد ضَمِن أكثرَ من رَأسِ المالِ.

فإمّا أنْ يجْعَلَ عن محمّدٍ رِوايَتانِ، أو يكونَ الشّرطُ [٣] فيما صارَ مضمونًا على المُضارِبِ أنْ يَتَعَيَّنَ حَقُّه فيه، وهنا وإنْ ضَمِن فإنّه لم يَتَعَيَّنْ حَقُّه فيه، وأمّا [٤] تَعْليلُه بعَدَمِ نَفاذِ العِتْقِ فلا يَطَّرِدُ؛ لأنّه [٥] لو اشترى بالألفَيْنِ جاريةً تُساوي ألفًا، يَضْمَنُ وإنْ لم يَنْفُذْ عِتْقُه فيه، إلاّ أنْ يكونَ جعل نُفوذَ العِتْقِ في الجاريةِ المُشتراةِ بألفَيْنِ، وقيمَتُها ألفانِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «يخالف».
(٣) في المخطوط: «شرط».
(٤) في المخطوط: «وإنما».
(٥) في المخطوط: «فإنه».

عليه [١]؛ لِوُجوبِ الضَّمانِ عليه، فما لا يَنْفُذُ عِتْقُه فيه، يكونُ عَكْسَ العِلّةِ، فلا يَلْزَمُه [٢] طَرْدُه في جميعِ المَواضِعِ.

وقال محمد: إذا اشترى المُضارِبُ عبدًا بألفِ درهَمٍ، وهي مالُ المُضارَبةِ، ففَقَدَ [٣] المالَ، فقال رَبُّ المالِ: اشتريْتَه على المُضارَبةِ، ثم ضاعَ المالُ وقال المُضارِبُ: اشتريْتُه بعدَما ضاعَ، وأنا أرَى [٤] أنّ المالَ عندي، فإذا هو قد ضاعَ قبلَ ذلك [٢/ ٢٧٥ب] فالقولُ قولُ المُضارِبِ؛ لأنّ الأصلَ في كُلِّ مَنْ يَشتري شيئًا أنّه (يُعْتَبَرُ مُشتريًا) [٥] لِنفسِه، ولأنّ الحالَ يَشْهَدُ به أيضًا، وهو هَلاكُ المالِ، فكان الظّاهرُ شاهدًا للمُضارِبِ، فكان القولُ قوله.

وذَكَرَ محمّدٌ في المُضارَبةِ الكَبيرةِ إذا اختَلَفا، وقال رَبُّ المالِ: ضاعَ قبلَ أنْ تَشتريَ الجاريةَ، وإنّما اشتريْتَها لِنفسِكَ، وقال المُضارِبُ: ضاعَ المالُ بعدَما اشتريْتُها، وأنا أُريدُ أنْ آخُذَكَ بالثّمَنِ، ولا أعلَمُ [٦] متى ضاعَ فالقولُ قولُ رَبِّ المالِ مع يَمينِه، وعلى المُضارِبِ البَيِّنةُ، أنّه اشترى والمالُ عندَه إنّما ضاعَ بعدَ الشِّراءِ؛ لأنّ رَبَّ المالِ يَنْفي الضَّمانَ عن نفسِه، والمُضارِبُ يَدَّعي عليه الضَّمانَ؛ ليرجعَ عليه بالثّمَنِ؛ لأنّه يَدَّعي وُقوعَ العقدِ له، ورَبُّ المالِ يُنْكِرُ ذلك، فكان القولُ قوله، ولأنّ الحالَ وهو الهَلاكُ شَهِدَ [٧] لِرَبِّ المالِ، فإنْ أقاما البيِّنَةَ فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ المُضارِبِ؛ لأنّها تُثْبِتُ الضَّمانَ فكانت أولى.

وإذا انفَسَخَتِ المُضارَبةُ، ومالُ المُضارَبةِ دُيونٌ على النّاس، وامتَنَعَ عن التّقاضي والقبضِ، فإنْ كان في المالِ رِبْحٌ أُجْبِرَ على التّقاضي والقبضِ، وإنْ لم يَكُنْ فيه رِبْحٌ، لم يُجْبَرْ عليهما [٨]، وقيلَ له: أحِلْ رَبَّ المالِ بالمالِ على الغُرَماءِ؛ لأنّه إذا كان هناك رِبْحٌ كان له فيه نَصيبٌ، فيكونُ عملُه عملَ الأجيرِ [٩]، والأجيرُ مجبورٌ على العملِ فيما التَزَمَ، وإنْ لم يَكُنْ هناك رِبْحٌ لم تُسَلَّمْ له مَنْفَعةٌ، فكان عملُه عملَ الوُكَلاءِ فلا يُجْبَرُ على إتْمامِ

(١) في المخطوط: «لعة».
(٢) في المخطوط: «يلزم».
(٣) في المخطوط: «فنفد».
(٤) في المخطوط: «أدرى».
(٥) في المخطوط: «يشتريه».
(٦) في المخطوط: «يعلم».
(٧) في المخطوط: «يشهد».
(٨) في المخطوط: «على التقاضي والقبض».
(٩) في المخطوط: «الأجراء».

العملِ، كما لا يُجْبَرُ الوكيلُ على قبضِ الثّمَنِ، غيرَ أنّه يُؤمَرُ المُضارِبُ أو الوكيلُ أنْ يُحيلَ رَبَّ المالِ على الذي عليه الدَّيْنُ حتى يُمْكِنَه قبضُه؛ لأنّ حُقوقَ العقدِ راجعةٌ إلى العاقِدِ، فلا يُثْبِتُ وِلايةَ القبضِ للآمِرِ إلاّ (بالحوالةِ من) [١] العاقِدِ، فيَلْزَمُه [٢] أنْ يُحيلَه بالمالِ حتى لا يُتْوَلى حَقُّه.

ولو ضَمن العاقِدُ لِرَبِّ المالِ هذا الدَّيْنَ الذي عليه، لم يجُزْ ضَمانُه؛ لأنّ العاقِدَ قد جعله أمينًا فلا يَمْلِكُ أنْ يجْعَلَ نفسَه ضَمينًا فيما جعله العاقِدُ أمينًا.

ولو مات المُضارِبُ ولم يوجَدْ مالُ المُضارَبةِ فيما خَلَفَ، فإنّه يَعودُ دَيْنًا فيما خَلَفَ المُضارِبُ، وكذا المودِعُ والمُسْتَعيرُ والمُسْتَبْضِعُ وكُلُّ مَنْ كان المالُ في يَدِه أمانةً، إذا مات قبلَ البيانِ ولا تُعْرَفُ الأمانةُ بعَيْنِها، فإنّه يكونُ عليه دَيْنًا في تَرِكَتِه؛ لأنّه صارَ بالتّجْهيلِ مُسْتَهْلِكًا للوَديعةِ، ولا تُصَدَّقُ ورَثَتُه على الهَلاكِ والتّسْليمِ إلى رَبِّ المالِ.

ولو عَيَّنَ المَيِّتُ المالَ في حالِ حياتِه، أو عُلِمَ ذلك، (يكونُ ذلك أمانةً) [٣] في وصيّه، أو في يَدِ وارِثِه، كما كان في يَدِه، ويُصَدِّقونَ على الهَلاكِ والدَّفْعِ إلى صاحبه، كما يُصَدِّقُ المَيِّتُ في حالِ حياتِه واللَّه - عزَّ وجَلَّ - أعلمُ.

* * *

(١) في المخطوط: «بإحالة».
(٢) في المخطوط: «فلزمه».
(٣) في المخطوط: «تكون تلك الأمانة».

كتاب الهبة



كتاب الهبة

الكَلامُ في هذا الكِتابِ في الأصلِ في ثلاثةِ مَواضِعَ:

في بيانِ رُكْنِ الهبةِ.

وفي بيانِ شَرائطِ الرُّكْنِ.

وفي بيانِ حُكْمِ الهبةِ.

أمّا رُكْنُ الهبةِ: فهو الإيجابُ من الواهبِ.

فأمّا القَبولُ من الموهوبِ له، فليس برُكْنٍ استحسانًا والقياسُ أنْ [1] يكونَ رُكْنًا، وهو قولُ زُفَرَ، وفي قولٍ قال: القبضُ أيضًا رُكْنٌ وفائدةُ هذا الاختِلافِ تَظْهَرُ فيمَنْ حلَفَ لا يَهَبُ هذا الشّيء لِفُلانٍ فوَهَبَه منه فلم يَقْبل أنّه يَحْنَثُ استحسانًا وعند زُفَرَ لا يَحْنَثُ ما لم يَقْبل وفي قولٍ ما لم يَقْبل ويَقْبِضْ وأجمَعوا على أنّه إذا حَلَفَ لا يَبيعُ هذا الشّيءَ لِفُلانٍ فباعه فلم يَقْبل أنّه لا يَحْنَثُ، وعلى هذا الخلافِ [2] إذا قال رجلٌ لِآخَرَ: وهَبْتُ هذا الشّيءَ منكَ فلم يَقْبل فقال المُقِرُّ له [الآخر] [3]: لا بل قَبِلْتُ، فالقولُ قولُ المُقِرِّ عندَنا وعندَه القولُ قولُ المُقَرِّ له وأجمَعوا على أنّه لو قال: بعْتُ هذا الشّيءَ منكَ فلم تُقْبل [4] فقال المُقَرُّ له لا بل قَبِلْتُ أنّ القولَ قولُ المُقَرِّ له.

وجه القياسِ: أنّ الهبةَ تَصَرُّفٌ شرعيٌّ، والتّصَرُّفُ الشّرعيُّ وُجودُه شرعًا باعتِبارِه وهو انعِقادُه في حَقِّ الحُكْمِ، والحُكْمُ لا يَثْبُتُ بنفسِ الإيجابِ، فلا يكونُ نفسُ الإيجابِ [هبةً شرعًا؛ لِهذا أمكَنَ الإيجابُ] [5] بدونِ القَبولِ (بيعًا كذا هذا) [6].

وجه الاستحسانِ: أنّ الهبةَ في اللُّغةِ عِبارةٌ عن مُجَرَّدِ إيجابِ المالك من غيرِ شريطةِ القَبولِ وإنّما القَبولُ والقبضُ لِثُبوتِ حُكْمِها لا لِوُجودِها في نفسِها، فإذا أوجَبَ فقد أتَى بالهبةِ فتَرَتَّبَ عليها الأحْكامُ.

والدَّليلُ على أنّ وُقوعَ التّصَرُّفِ هبةٌ لا يَقِفُ على القَبولِ: ما رُوِيَ عن النّبِيِّ ﷺ أنّه

---

(١) في المخطوط: «أنه».

(٢) في المخطوط: «الاختلاف».

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) في المخطوط: «يقبل».

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) في المطبوع: «تبعًا».

قال: «لا تَجوزُ الهبةُ إلّا مقبُوضةً مَحُوزةً» (١) أطْلَقَ اسمَ الهبةِ بدونِ القبضِ والحيازةِ.

وَرُوِيَ أنّ الصّعْبَ بنَ جَثّامةَ أهْدَى إلى النّبيِّ ﷺ حِمارَ وحْشٍ وهُوَ بالأبواءِ وفِي رِوايةٍ بوَدّانٍ فردَّه النّبيُّ ﷺ [٣/ ١٨٧أ] وقال: «لولا أنّا حرمٌ وإلّا لقَبِلْنا» (٢) فقد أطْلَقَ الرّاوي اسمَ الإهداءِ بدونِ القَبولِ والإهداءُ من ألفاظِ الهبةِ.

ورُوِيَ أنّ سَيِّدَنا أبا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ رضي الله عنه دَعَى سَيِّدَتَنا عائشةَ رضي الله عنها فِي مَرَضِ موتِه فقال لها: إنِّي كُنْتُ نَحلْتُكِ جِدادَ عشرِينَ وسْقًا من مالِي بالعالِيةِ وإنّك لم تَكُونِي قَبَضْتِيه ولا حَرَزْتِيه (٣) وإنّما هُوَ اليومَ مالُ الوارِثِ (٤) أطْلَقَ الصِّدّيقُ رضي الله عنه اسمَ النُّحلى بدونِ القبضِ والنُّحْلى من ألفاظِ الهبةِ فثَبَتَ أنّ الهبةَ في اللُّغةِ عِبارةٌ عن نفسِ إيجابِ المِلْكِ.

والأصلُ أنّ معنى التّصرُّفِ الشّرعيِّ هو ما دَلَّ [عليه] (٥) اللَّفْظُ لُغةً بخلافِ البيعِ، فإنّه اسمُ الإيجابِ مع القَبولِ (فلا يُطْلَقُ) (٦) اسمُ البيعِ لُغةً وشريعةً على أحدِهما دونَ الآخرِ فما لم يوجَدا (لا يَتّسِمُ التّصرُّفُ بسِمةِ) (٧) البيعِ ولأنّ المقصودَ من الهبةِ هو اكتِسابُ

(١) أورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٢١)، وقال: حديث غريب.
(٢) أخرجه البخاري، كتاب: الحج، باب: إذا أهدى للمحرم حمارًا وحشيًا حيًا لم يقبل، برقم (١٨٢٥)، ومسلم، كتاب: الحج، باب: تحريم الصيد للمحرم، برقم (١١٩٣)، والترمذي، كتاب: الحج، باب: ما جاء في كراهية لحم الصيد للمحرم، برقم (٨٤٩)، والنسائي، كتاب: مناسك الحج، باب: ما لا يجوز للمحرم أكله من الصيد، برقم (٢٨١٩)، وابن ماجه، كتاب: المناسك، باب: ما ينهى عنه المحرم من الصيد، برقم (٣٠٩٠)، وأحمد برقم (١٥٩٨٨)، ومالك، كتاب: الحج، باب: ما لا يحل للمحرم أكله من الصيد، برقم (٧٩٣)، والدارمي، كتاب: المناسك، باب: في أكل لحم الصيد للمحرم إذا لم يصد هو، برقم (١٨٣٠)، وابن حبان (٩/ ٢٨٠)، برقم (٣٩٦٧)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ١٩١)، برقم (٩٧٠٧)، والطبراني في الأوسط (٢/ ٣٦٤)، برقم (٢٢٤٥)، وفي الكبير (٨/ ٨٤)، برقم (٧٤٣٤)، والحميدي في مسنده (٢/ ٣٤٤)، برقم (٧٨٣) والشافعي في مسنده (١/ ١٨٥)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٣٠٧)، برقم (١٤٤٧١) من حديث الصعب بن جثامة رضي الله عنه.
(٣) في بعض مصادر التخريج: «احتزتيه» وفي بعضها: «حزتيه».
(٤) صحيح: أخرجه مالك، كتاب: الأقضية، باب: ما لا يجوز من النحل، برقم (١٤٧٤)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٦٩)، برقم (١١٧٢٨)، وعبد الرزاق في مصنفه (٩/ ١٠٣)، واللالكائي في كرامات الأولياء (١/ ١١٧)، برقم (٦٣) من حديث أبي بكر رضي الله عنه، انظر إرواء الغليل للألباني رقم (١٦١٩).
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «فلا ينطلق».
(٧) في المخطوط: «لا يقسم التصرف قسمة البيع».

المَدْحِ والثّناءِ بإظهارِ الجودِ والسَّخاءِ وهذا يَحْصُلُ بدونِ القَبولِ بخلافِ البيعِ وكذا (الغَرَضُ من) [١] الحلِفِ هو مَنْعُ النّفْسِ عن مُباشَرةِ المَحْلوفِ عليه وذلك هو الإيجابُ لأنّه فعلُ الواهبِ فيَقْدِرُ على مَنْعِ نفسِه عنه.

فأمّا القَبولُ والقبضُ ففعلُ الموهوبِ له فلا يكونُ مقدورَ الواهبِ والمِلْكُ مَحْكومٌ شرعيٌّ ثَبَتَ [٢] جَبْرًا من الله تعالى شاء العبدُ أو أبى فلا يُتَصَوّرُ مَنْعَ النّفْسِ عنه أيضًا بخلافِ البيعِ فإنّه وإنْ مَنَعَ نفسَه عن فعلِه وهو الإيجابُ إلاّ أنّ الإيجابَ هناك لا يَصيرُ بيعًا [٣] بدونِ القَبولِ، فشَرَطَ القَبولَ ليَصيرَ بيعًا [٤]، فالإيجابُ هو أنْ يقولَ الواهبُ: وهَبْتُ هذا الشّيءَ لك أو مَلّكْتُه منكَ أو جَعَلْتُه لك أو هو لك أو أعطَيْتُه أو نَحَلْتُه أو أهْدَيْتُه إليكَ أو أطْعَمْتُكَ هذا الطَّعامَ أو حَمَلْتُكَ على هذِه الدّابّةِ، ونَوَى به الهبةَ.

-(أما) **قوله**: وهَبْتُ لك، فصَريحٌ في البابِ، وقولُه [٥]: مَلّكْتُكَ، يُجْرَى مجرَى الصّريحِ أيضًا؛ لأنّ تمليكَ العَيْنِ للحالِ من غيرِ عِوَضٍ هو تفسيرُ الهبةِ وكذا قولُه: جَعَلْتُ هذا الشّيءَ لك.

وقوله [٦]: هو لك؛ لأنّ اللاّمَ المُضافَ إلى مَنْ هو من أهل الملك [٧] لِلتّمْليكِ، فكان تمليكُ العَيْنِ في الحالِ [٨] من غيرِ عِوَضٍ وهو معنى الهبةِ وكذا قولُه: أعطَيْتُكَ؛ لأنّ العَطيّةَ المُضافةَ إلى العَيْنِ في عُرْفِ النّاس هو تمليكُها للحالِ من غيرِ عِوَضٍ، وهذا معنى الهبةِ وكذا يُسْتَعْمَلُ الإعطاءُ استِعْمالَ الهبةِ يُقالُ: أعطاكَ الله كذا، ووَهَبَكَ [٩]، بمعنى: والنِّحْلةُ هي العَطيّةُ، يُقالُ: فُلانٌ نَحَلَ ولَدَه نِحْلى أي أعطاه عَطيّةً (والهبةُ بمعنى العَطيّةِ) [١٠].

وقولُه أطْعَمْتُكَ [١١] هذا الطَّعامَ، في معنى: أعطَيْتُكَ، و[أما] [١٢] قولُه: حَمَلْتُكَ على هذِه الدّابّةِ، فإنّه يحتملُ الهبةَ ويحتملُ العاريّةَ، فإنّه رُوِيَ أنّ سَيِّدَنا عُمَرَ بنَ الخطّابِ

---

(١) في المخطوط: «الغرض عن».
(٢) في المخطوط: «يثبت».
(٣) في المطبوع: «تبعًا».
(٤) في المطبوع: «تبعًا».
(٥) في المخطوط: «وقولك».
(٦) في المخطوط: «في قوله:».
(٧) في المخطوط: «من أهل الملك».
(٨) في المخطوط: «للحال».
(٩) في المخطوط: «أو وهب لك».
(١٠) في المخطوط: «والعطية بمعنى الهدية».
(١١) في المخطوط: «أعطيتك».
(١٢) زيادة من المخطوط.

رضي الله عنه حَمَلَ رجلاً على دابّةٍ ثم رَآها تُباعُ فِي السُّوقِ فأرادَ أنْ يَشترِيَها فسَأَلَ رَسُولَ الله ﷺ عن ذلك فقال ﷺ: «لا تَرجِعْ فِي صَدَقَتِكَ» (١) فاحتَمَلَ تمليكَ العَيْنِ واحتَمَلَ تمليكَ المَنافعِ فلا بُدَّ من النيّةِ لِلتَّعْيينِ.

ولو قال: مَنَحْتُكَ هذا الشّيءَ أو قال: هذا الشّيءُ لك منحةٌ فهذا لا يخلو إمّا أنْ يكونَ ذلك الشّيءُ مِمّا يُمْكِنُ الانتِفاعُ به من غيرِ استِهْلاكٍ (٢) وإمّا أنْ يكونَ مِمّا لا يُمْكِنُ الانتِفاعُ به إلاّ باستِهْلاكِه فإنْ كان مِمّا يُمْكِنُ الانتِفاعُ به من غيرِ استِهْلاكٍ كالدّارِ والثّوْبِ والدّابّةِ والأرضِ بأنْ قال: هذِه الدّارُ لك منحةٌ أو هذا الثّوْبُ أو هذِه الدّابّةُ أو هذِه الأرضُ فهو عاريّةٌ؛ لأنّ المنحةَ في الأصلِ عِبارةٌ عن هبةِ المَنْفَعةِ أو ما له حُكْمُ المَنْفَعةِ وقد أُضيفَ إلى ما يُمْكِنُ الانتِفاعُ به من غيرِ استِهْلاكِه من السُّكْنَى واللُّبْسِ والرُّكوبِ والزِّراعةِ؛ لأنّ مَنْفَعةَ الأرضِ زِراعَتُها (٣)، فكان هذا تمليكَ المَنْفَعةِ من غيرِ عِوَضٍ وهو تفسيرُ الإعارةِ، وكذا إذا قال لأرضٍ بَيْضاءَ هذِه الأرضُ لك طُعْمةً كان عاريّةً؛ لأنّ عَيْنَ الأرضِ مِمّا لا يُطْعَمُ وإنّما يُطْعَمُ ما يخرجُ منها فكان طُعْمةُ الأرضِ زِراعَتَها (٤) فكان ذلك حينَئِذٍ إعارةً ولِصاحِبِها أنْ يَأخُذَها إذا لم يَكُنْ فيها زَرْعٌ وإنْ كان فيها زَرْعٌ، فالقياسُ أنْ يكونَ له وِلايةُ القَلْعِ (٥) كالبِناءِ والغَرْسِ، وفي الاستحسان يُتْرَكُ إلى وقتِ الحصادِ بأجرِ المثلِ وسَنَذْكُرُ وجهَيْها [٣/ ١٨٧ب] في كِتابِ العاريّةِ ولو مَنَحَه شاةً حَلوبًا أو ناقةً حَلوبًا أو بَقَرةً حَلوبًا، وقال: هذِه الشّاةُ لك منحةٌ أو هذِه النّاقةُ أو هذِه البَقَرةُ كان عاريّةً وجازَ له الانتِفاعُ بلَبَنِها؛ لأنّ اللَّبَنَ وإنْ كان عَيْنًا حَقيقةً فهو مَعْدودٌ من المَنافعِ عُرْفًا وعادةً فأعطى له حُكْمَ المَنْفَعةِ كأنّه أباحَ له شُرْبَ اللَّبَنِ فيجوزُ له الانتِفاعُ بلَبَنِها.

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب: الجعائل والحملان في السبيل، برقم (٢٩٧١)، ومسلم، كتاب: الهبات، باب: كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق، برقم (١٦٢١)، وأبو داود، كتاب: الزكاة، باب: الرجل يبتاع صدقته، برقم (١٥٩٣)، والنسائي، كتاب: الزكاة، باب: شراء الصدقة، برقم (٢٦١٧)، وأحمد، برقم (٤٥٠٧)، ومالك، كتاب: الزكاة، باب: اشتراء الصدقة والعود فيها، برقم (٦٢٥)، وابن حبان (١١/ ٥٢٥)، برقم (٥١٢٤)، والبيهقي في الكبرى (٤/ ١٥١)، برقم (٧٤٢٣)، والطبراني في الكبير (١٢/ ٣٢٣)، برقم (١٣٢٤٥)، وأبو يعلى في مسنده (١٠/ ٢١١)، برقم (٥٨٤٠)، والروياني في مسنده (٢/ ٤٠٢)، برقم (١٤٠١)، وأبو عوانة في مسنده (٣/ ٤٥١)، وعبد الرزاق في مصنفه تعليقًا (٩/ ١١٧) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) في المخطوط: «استهلاكه».

(٣) في المخطوط: «زرعها».

(٤) في المخطوط: «زرعها».

(٥) في المخطوط: «القطع».

وكذلك لو مَنَحه جَدْيًا أو عَناقًا كان [له] (١) عاريَةً؛ لأنّ الجدْيَ بعَرَضِ أنْ يَصيرَ فحْلاً والعَناقَ حَلوبًا وإنْ عَنَى بالمنحةِ الهبةَ في هذِه المَواضِعَ فهو على ما عَنَى لأنّه نَوَى (٢) ما يحتملُه لَفظُه وفيه تَشديدٌ على نفسِه وإنْ كان مِمّا لا يُمْكِنُ الانتِفاعُ به إلاّ بالاستِهْلاكِ (٣) كالمَأكولِ والمشروبِ والدَّراهمِ والدَّنانيرِ بأنْ قال: هذا الطَّعامُ لك منحةٌ أو هذا اللَّبَنُ أو هذِه الدَّراهمُ و (٤)الدَّنانيرُ، كان هبةً؛ لأنّ المنحةَ المُضافةَ إلى ما لا يُمْكِنُ الانتِفاعُ به إلاّ بالاستِهْلاكِ (٥) لا يُمْكِنُ حَمْلُها على هبةِ المَنْفَعةِ، فيُحْمَلُ على هبةِ العَيْنِ، وهي تمليكُها وتمليكُ العَيْنِ للحالِ من غيرِ عِوَضٍ هو [تفسير] (٦) الهبةِ.

هذا إذا كان الإيجابُ مُطْلَقًا عن القَرينةِ، فأمّا (٧) إذا كان مقرونًا بقَرينةٍ فالقَرينةُ لا تَخْلو: إمّا أنْ كان وقتًا، وإمّا أنْ كان شرطًا، وإمّا أنْ كان مَنْفَعةً.

فإنْ كان وقتًا، بأنْ قال أعمَرْتُك هذِه الدّارَ أو صَرَّحَ فقال: جَعَلْتُ هذِه الدّارَ لَك عُمْرَى أو قال: جَعَلْتُها لَك عُمُرَكَ أو قال: هي لَك عُمُرَكَ أو حياتَك، فإذا مِتَّ أنْتَ فهي رَدٌّ عَلَيَّ أو قال: جَعَلْتُها [لك] (٨) عُمْري أو حياتي، فإذا مِتُّ أنا فهي رَدٌّ على ورَثَتي فهذا كُلُّه هبةٌ وهي للمُعَمَّرِ له في حياتِه ولِوَرَثَتِه بعدَ وفاتِه والتَّوْقيتُ باطِلٌ والأصلُ فيه ما رُوِيَ عن رَسُولِ الله ﷺ أنّه قال: «أمسِكُوا عليكُم أموالَكُم لا تَعْمُرُوها فإنّ مَنْ أعمَرَ شيئًا فإنّه لِمَنْ أعمَرَه» (٩).

وروى [عن] (١٠) جابِر بن عبدِ الله أنّ رَسُولَ الله ﷺ قال: «أيّما رجلٍ أعمَرَ عُمْرَى له ولِعَقِبِه فإنّها (١١) لِلَّذي يُعْطاها لا يرجعُ إلى الذي أعطاها لأنّه أعطَى عَطاءً وقعَتْ

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «عنى».
(٣) في المخطوط: «باستهلاكه».
(٤) زاد في المخطوط: «أو هذه».
(٥) في المخطوط: «باستهلاكه».
(٦) في المطبوع: «تغيير».
(٧) في المخطوط: «أما».
(٨) زيادة من المخطوط.
(٩) أخرجه مسلم، كتاب: الهبات، باب: العمرى، برقم (١٦٢٥)، وأبو داود (بنحوه)، كتاب: البيوع، باب: في العمرى، برقم (٣٥٥١)، والنسائي، كتاب: العمرى، برقم (٣٧٣٧)، وابن ماجه، كتاب الأحكام، باب: العمرى، برقم (٢٣٨٠)، وأحمد (١٣٩٣١)، وابن حبان (١١/ ٥٤١)، برقم (٥١٤١)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٧٣)، برقم (١١٧٥٢)، والطبراني بنحوه في الكبير (٢/ ١٨٣)، برقم (١٧٤٧)، وابن الجعد في مسنده (١/ ٣٨١)، برقم (٢٦٠٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٥١٠)، برقم (٢٢٦٣٠) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.
(١٠) زيادة من المخطوط.
(١١) في المخطوط: «فهي».

فِيه المَوارِيثُ»[١].

وعن جابرٍ قال: قال رَسُولُ الله ﷺ: «مَنْ أُعمِرَ عُمْرَى حياتَه فهِيَ له ولِعَقِبِه يرِثُها مَنْ يَرِثُه من بعدَه»[٢] فدَلَّتْ هذِه النُّصوصُ على جوازِ الهبةِ وبُطْلانِ التَّوْقيتِ؛ لأنّ قوله: جَعَلْتُ هذِه الدّارَ لك أو هي لَك تمليكُ العَيْنِ للحالِ مُطْلَقًا.

ثم قوله: عُمْرَى تَوْقيتُ التّمليكِ وإنّه تَغْييرٌ لِمُقْتَضَى العقدِ وكذا تمليكُ الأعيانِ لا يحتملُ التَّوْقيتَ نَصًّا كالبيعِ فكان التَّوْقيتُ تَصَرُّفًا مُخالفًا لِمُقْتَضَى العقدِ والشّرعِ فبَطَلَ وبَقِيَ العقدُ صَحيحًا وإنْ كانت القَرينةُ شرطًا نَظَرَ إلى الشّرطِ المقرونِ[٣] فإنْ كان مِمّا يَمْنَعُ وُقوعَ التَّصَرُّفِ تمليكًا للحالِ يَمْنَعُ صِحّةَ الهبةِ وإلاّ فيَبْطُلُ الشّرطُ وتَصِحُّ الهبةُ.

وعلى هذا يخرجُ ما إذا قال: أرقبتُكَ هذِه الدّارَ أو صَرَّحَ فقال: جَعَلْتُ هذِه الدّارَ لك رُقْبَى أو قال: هذِه الدّارُ لك رُقْبَى ودَفَعَها إليه فهي عاريّةٌ في يَدِه له أنْ يَأخُذَها منه متى شاء وهذا قولُ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ وقال أبو يوسفَ: هذا هبةٌ.

وقولُه: «رُقْبَى» باطِلٌ، احتَجَّ بما رويَ أنّ رَسولَ الله ﷺ أجازَ العُمْرَى والرُّقْبَى[٤] ولأنّ قوله: داري لك تمليكُ العَيْنِ لا تمليكُ المَنْفَعةِ ولَمّا قال: رُقْبَى فقد عَلَّقَه بالشّرطِ وأنّه لا

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب: الهبات، باب: العمرى، برقم (١٦٢٥)، وأبو داود، كتاب: البيوع، باب: من قال فيه ولعقبه، برقم (٣٥٥٣)، والترمذي، كتاب: الأحكام، باب: ما جاء في العمرى، برقم (١٣٥٠)، والنسائي، كتاب: العمرى، برقم (٣٧٤٥)، وأحمد، برقم (١٤٨٦٦)، ومالك، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في العمرى، برقم (١٤٧٩)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٧١)، برقم (١١٧٤٠)، وأبو يعلى في مسنده (٤/ ٧٢)، برقم (٢٠٩٣)، وعبد الرزاق في مصنفه (٩/ ١٩٢).

(٢) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: البيوع، باب: في العمرى، برقم (٣٥٥١)، والنسائي، كتاب: العمرى، برقم (٣٧٤٠)، وابن حبان (١١/ ٥٣٦)، برقم (٥١٣٥)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٧٣)، برقم (١١٧٤٨)، والطبراني بنحوه في الكبير (٢/ ١٨٣)، برقم (١٧٤٧)، انظر صحيح الجامع الصغير للألباني، رقم (٦٠٥٨).

(٣) في المخطوط: «المذكور».

(٤) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: البيوع، باب: في الرقبى، برقم (٣٥٥٨)، والترمذي، كتاب: الأحكام، باب: ما جاء في الرقبى، برقم (١٣٥١)، والنسائي، كتاب: العمرى، برقم (٣٧٣٩)، وابن ماجه (بنحوه)، كتاب: الأحكام، باب: الرقبى، برقم (٢٣٨٣)، وأحمد، برقم (١٣٨٤٢)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٧٥)، برقم (١١٧٦٨)، وأبو يعلى في مسنده (٤/ ١٥٠)، برقم (٢٢١٤) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، انظر إرواء الغليل للألباني (١٦١٠).

يحتملُ التّعْليقَ فبَطَلَ الشّرطُ وبَقيَ العقدُ صَحيحًا ولِهذا لو [١] قال داري لك عُمْرَى أنّه تَصِحُّ شرط الهبة ويَبْطُلُ شرطُ المُعَمَّرِ كذا هذا واحتَجّا بما رَوَى الشَّعْبِيُّ عن شُرَيْح أنّ رَسُولَ الله ﷺ أجازَ العُمْرَى وأبطَلَ الرُّقْبَى ومثلُهما لا يَكْذِبُ ولأنّ قوله: داري لك رُقْبَى تَعْليقُ التّمليكِ بالخطَرِ؛ لأنّ معنى الرُّقْبَى أنّه يقولُ: إنْ مِتُّ أنا قبلك فهي لَك وإنْ مِتَّ أنْتَ قبلي فهي لي.

سَمَّى الرُّقْبَى من الرُّقوبِ والارتِقابِ والتّرَقُّبُ وهو الانتِظارُ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما يَنْتَظِرُ موتَ صاحبه قبلَ موتِه وذلك غيرُ مَعْلومٍ، فكانت الرُّقْبَى [٢] تَعْليقُ التّمليكِ بأمرٍ له خَطَرُ الوُجودِ والعَدَمِ، والتّمليكاتُ مِمّا لا تحتملُ التّعْليقَ بالخطَرِ فلم تَصِحَّ هبةً، وصَحَّتْ عاريّةً [٣/ ١٨٨أ] لأنّه دَفَعَ إليه وأطْلَقَ له الانتِفاعَ به وهذا معنى العاريّةِ وهذا بخلافِ العُمْرَى؛ لأنّ هناك وقَعَ التّصَرُّفُ تمليكًا للحالِ فهو بقولِه: عُمْرَى وقتَ التّمليكِ أنّه لا يحتملُ التّوْقيتَ فبَطَلَ وبَقيَ العقدُ على الصِّحّةِ ولا حُجّةَ له في الحديثِ؛ لأنّ الرُّقْبَى تحتملُ أنْ تكونَ من المُراقَبةِ وهي الانتِظارُ ويحتملُ أنْ تكونَ من الرّقابِ [٣] وهو هبةُ الرَّقَبةِ: فإنْ أُريدَ بها الأوّلُ كان حُجّةً [له] [٤] وإنْ أُريدَ بها الثّاني لا يكونُ حُجّةً [له] [٥]؛ لأنّ ذلك جائزٌ فلا يكونُ حُجّةً مع الاحتِمالِ أو يُحْمَلُ [٦] على الثّاني تَوْفيقًا بين الحديثَيْنِ صيانةً لِكَلامِ مَنْ يَسْتَحيلُ عليه التّناقُضُ عنه.

وبِهذا تَبَيَّنَ أنْ لا اختِلافَ [٧] بينهم في الحقيقة إنْ كان الرُّقْبَى والإرْقابُ مُسْتَعْمَلينِ في اللُّغةِ في هبةِ الرَّقَبةِ ويَنْبَغي أنْ يَنْويَ فإنْ [٨] عَنَى به هبةَ الرَّقَبةِ يجوزُ بلا خلافٍ وإنْ عَنَى به مُراقَبَةَ الموتِ لا يجوزُ بلا خلافٍ.

ولو قال لِرجلينِ: داري لأطْوَلِكُما حياةً فهو باطِلٌ لأنّه لا يُدْرَى أيُّهما أطْوَلُ حياةً فكان هذا تَعْليقَ التّمليكِ [٩] بالخطَرِ فبَطَلَ ولو قال: داري لك حَبيسٌ فهذا عاريّةٌ عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ وعند أبي يوسفَ هو هبةٌ وقولُه: حَبيسٌ باطِلٌ بمنزِلةِ الرُّقْبَى.

---

(١) في المخطوط: «إذا».
(٢) زاد في المخطوط: «تمليك العين».
(٣) في المخطوط: «الإرقاب».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «نحمله».
(٧) في المخطوط: «خلاف».
(٨) في المخطوط: «وكان».
(٩) في المخطوط: «الحكم».

وجه قولِه: أنّ قوله داري لك تمليكٌ وقولُه: حَبيسٌ، نَفَى المِلْكَ، فلم يَصِحَّ [١] النّفْيُ، وبَقيَ التّمليكُ على حالِه.

وجه قولِهما: أنّ قوله: حَبيسٌ، خَرَجَ تفسيرًا لِقولِه: لك، فصارَ [٢] كأنّه ابْتَدَأ بالحبيسِ فقال داري حَبيسٌ لك ولو قال ذلك كان عاريّةً بالإجماعِ كذا هذا.

ولو [٣] قال: داري رُقْبَى لك، كان عاريّةً إجماعًا [٤]، ذَكَرَه القاضي في شرحِه مُخْتَصَرِ الطَّحاويِّ ولو وهَبَ جاريةً على أنْ [لا] [٥] يَبيعَها أو على أنْ يَتّخِذَها أُمَّ ولَدٍ [له] [٦] أو على أنْ يَبيعَها لِفُلانٍ أو على أنْ يدبرها عليه بعدَ شَهْرٍ جازَتِ الهبةُ وبَطَلَ الشّرطُ؛ لأنّ هذِه الشُّروطَ مِمّا لم تمنَعْ وُقوعَ التّصرُّفِ تمليكًا للحالِ وهي شُروطٌ تُخالفُ مُقْتَضَى العقدِ فتَبْطُلُ ويَبْقَى العقدُ على الصِّحّةِ بخلافِ شُروطِ الرُّقْبَى على ما بَيّنّا وبِخلافِ البيع فإنّه [٧] تُبْطِلُه هذِه الشُّروطُ؛ لأنّ القياسَ أنْ لا يكونَ قِرانُ الشّرطِ الفاسدِ لِعقدٍ ما مُفَسِّرًا له؛ لأنّ ذِكْرَه في العقد لم يَصِحَّ فيَلْحَقُ [٨] بالعَدَمِ ويَبْقَى العقدُ صَحيحًا إلاّ أنّ الفسادَ في البيعِ لِلنّهْيِ الوارِدِ فيه ولا نَهْيَ في الهبةِ فيَبْقَى الحُكْمُ فيه على الأصلِ ولأنّ دَلائلَ شرعيّةِ الهبةِ عامّةٌ [٩] مُطْلَقةٌ من نحوِ قوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء :٤] [وهذا يجْري مجرَى التّرْغيبِ في أكلِ المَهْرِ] [١٠].

وقوله ﷺ: «تَهادَوْا تَحابُّوا» [١١] وهذا [١٢] نَدْبٌ إلى التّهادي والهَديّةُ هبةٌ.

ورَوَيْنا عن الصِّدّيقِ رضي الله عنه أنّه قال لِسَيِّدَتِنا عائشةَ رضي الله عنها: إنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكِ كذا وكذا [١٣].

---

(١) في المخطوط: «يصلح».
(٢) في المخطوط: «فقال».
(٣) في المخطوط: «وكذا لو».
(٤) في المخطوط: «بالإجماع».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «أنه».
(٨) في المخطوط: «فيلتحق».
(٩) في المخطوط: «عليه».
(١٠) ليست في المخطوط.
(١١) أخرجه مالك بنحوه، كتاب: الجامع، باب: ما جاء في المهاجرة، برقم (١٦٨٥) من حديث عطاء الخراساني، وقد ضعف الألباني هذا الحديث بسنده، انظر ضعيف الترغيب والترهيب للألباني (١٦٣١)، وأخرجه البيهقي في الكبرى (٦/ ١٦٩)، برقم (١١٧٢٦)، وأبو يعلى في مسنده (١١/ ٩)، برقم (٦١٤٨)، والبخاري في الأدب المفرد (١/ ٢٠٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، والحديث بهذا السند صححه الألباني في صحيح الجامع الصغير، برقم (٣٠٠٤).
(١٢) في المخطوط: «ولهذا».
(١٣) سبق تخريجه.

وعن سَيِّدنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه قال: مَنْ وهَبَ هبةً لِصِلةِ رَحِمٍ أو على وجه صَدَقةٍ فإنّه لا يرجعُ فِيها ومَنْ وهَبَ هبةً يَرَى أنّه أرادَ بها الثّوابَ فهُوَ على هبَتِه يرجعُ فِيها إنْ لم يَرْضَ عنها [١]. ونحوِه [٢] من الدَّلائلِ المُقْتَضيةِ لِشرعيّةِ الهبةِ من غيرِ فصلٍ بين ما إذا قَرَنَ بها شرطًا فاسدًا أو لم يَقْرِنْ.

وعلى هذا يخرج ما إذا وهَبَ جاريةً واستَثْنَى ما في بَطْنِها أو وهَبَ حَيَوانًا واستَثْنَى ما في بَطْنِه أنّ الهبة جائزةٌ في الأُمِّ والولَدِ جميعًا والاستِثْناءُ باطِلٌ والكُلُّ للموهوبِ له.

وجُمْلةُ الكَلامِ في العُقودِ التي فيها استِثْناءُ الحمْلِ أنّها أقسامٌ ثلاثةٌ: قسمٌ منها يَبْطُلُ ويَبْطُلُ الاستِثْناءُ جميعًا وقسمٌ منها يَصِحُّ ويَبْطُلُ الاستِثْناءُ وقسمٌ منها يَصِحُّ ويَصِحُّ الاستِثْناءُ.

أمّا [القسم] [٣] الأوّلُ: فهو البيعُ والإجارةُ والكِتابةُ والرَّهْنُ؛ لأنّ (الاستِثْناءَ لِما) [٤] في البَطْنِ بمنزِلةِ شرطٍ فاسدٍ وهذِه العُقودُ تَبْطُلُ بالشُّروطِ الفاسدةِ.

وأمّا القسمُ الثاني: فالهبةُ والصّدَقةُ والنِّكاحُ والخُلْعُ والصُّلْحُ عن دَمِ العَمْدِ؛ لأنّ هذِه العُقودَ لا تَبْطُلُ بالشُّروطِ الفاسدةِ فيَصِحُّ العقدُ ويَبْطُلُ الاستِثْناءُ ويدخلُ الأُمُّ والولَدُ جميعًا في العقدِ؛ لأنّ الشّرطَ الفاسدَ وهو الاستِثْناءُ فيها إذا لم يصحّ التَحقَ بالعَدَمِ فصارَ كأنّه لم يَسْتَثْنِ وكذا العِتْقُ بأنْ أعتَقَ جاريةً واستَثْنَى ما في بَطْنِها أنّه يَصِحُّ العِتْقُ ولا يَصِحُّ الاستِثْناءُ حتى [٣/ ١٨٨ب] يَعْتِقَ الأُمَّ والولَدَ جميعًا لِما قُلْنا.

وأمّا القسمُ الثالِث: فالوصيّةُ بأنْ أوصَى لِرجلٍ بجاريةٍ واستَثْنَى ما في بَطْنِها لأنّه لَما جعلَ الجاريةَ وصيّةً له واستَثْنَى ما في بَطْنِها فقد أبقَى ما في بَطْنِها ميراثًا لِوَرَثَتِه والميراثُ يُجْرَى فيما في البَطْنِ وهذا بخلافِ ما إذا أوصَى بجاريةٍ لِرجلٍ واستَثْنَى خِدْمَتَها وغَلَّتَها لِوَرَثَتِه أنّه تَصِحُّ الوصيّةُ ويَبْطُلُ الاستِثْناءُ؛ لأنّ الغَلّةَ والخِدْمةَ لا يُجْرَى فيهما الميراثُ بانفِرادِهما بدونِ الأصلِ.

---

(١) صحيح موقوفًا: أخرجه مالك، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في الهبة، برقم (١٤٧٧)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٨٢)، برقم (١١٨٠٨)، وأورده ابن عبد البر في التمهيد (٧/ ٢٣٧) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، انظر إرواء الغليل للألباني، رقم (١٦١٣).

(٢) في المخطوط: «ونحو ذلك».

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) في المخطوط: «استثناء ما».

ألا تَرَى أنّه لو أوصَى بخِدْمَتِها وغَلَّتِها لإنسانٍ ومات الموصي [١]، ثم مات الموصَى له بعدَ القَبولِ لا تَصيرُ [الغَلّةُ و] [٢]الخِدْمةُ ميراثًا لِوَرَثةِ الموصَى له، بل تَعودُ إلى ورَثةِ الموصي وبِمثلِه [٣] لو أوصَى بما في بَطْنِ جاريَتِه لإنسانٍ والمسألةُ بحالِها فإنّ الولَدَ [٤] يَصيرُ ميراثًا لِوَرَثةِ الموصَى له وما افْتَرَقا إلاّ لِما ذَكَرْنا واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

وإنْ كانت القربة مَنْفَعةً بأنْ قال: داري لَك سُكْنَى أو عُمْرَى سُكْنَى أو صَدَقةً سُكْنَى أو هبةً سُكْنَى أو سُكْنَى هبةً أو هي لك عُمْرَى عاريّةً ودَفَعَها إليه فهذا كُلُّه عاريّةٌ لأنه لَمّا ذَكَرَ السُّكْنَى في قولِه داري لك سُكْنَى أو عُمْرَى سُكْنَى أو صَدَقةً سُكْنَى (دَلَّ على) [٥] أنّه أرادَ [به] [٦] تمليكَ المَنافعِ؛ لأنّ قوله هذا لك ظاهرُه وإنْ كان (لِتمليكِ العَيْنِ) [٧] لَكِنّه يحتملُ تمليكَ المَنْفَعةِ؛ لأنّ الإضافةَ إلى المُسْتَعيرِ والمُسْتَأجِرِ مستعملة عُرْفًا وشرعًا.

وقوله: سُكْنَى، موضوعٌ للمَنْفَعةِ، لا تُسْتَعْمَلُ إلاّ لها، فكان مُحْكَمًا فجُعِلَ تفسيرًا للمُحْتَمِلِ وبيانًا أنّه أرادَ به تمليكَ المَنْفَعةِ وتمليكُ المَنْفَعةِ بغيرِ عِوَضٍ هو تفسيرُ العاريّةِ وكذا قولُه سُكْنَى بعدَ ذِكْرِ الهبةِ يكونُ تفسيرًا للهبةِ؛ لأنّ قوله هبةٌ يحتملُ هبةَ العَيْنِ ويحتملُ هبةَ المَنافعِ فإذا قال سُكْنَى فقد عَيَّنَ هبةَ المَنافعِ فكان بيانًا لِمُرادِ المُتَكَلِّمِ أنّه أرادَ هبةَ المَنافعِ وهبةُ المَنْفَعةِ تمليكُها من غيرِ عِوَضٍ وهو معنى العاريّةِ.

وإذا قال سُكْنَى هبةً (فمَعْناها أنّ) [٨] سُكْنَى الدّارِ هبةٌ لك فكان هبةُ المَنْفَعةِ وهو تفسيرُ العاريّةِ.

ولو قال هي لك عُمْرَى تسكُنُها أو هبةً تسكُنُها أو صَدَقةً تسكُنُها ودَفَعَها إليه فهو هبةٌ لأنّه ما فسَّرَ الهبةَ بالسُّكْنَى لأنّه لم يجْعَلْه نَعْتًا فيكونُ بيانًا للمُحْتَمِلِ بل وهَبَ الدّارَ منه ثم شاوَرَه فيما يعملُ بمِلْكِه والمَشورةُ في مِلْكِ الغيرِ باطِلةٌ فتَعَلَّقَتِ الهبةُ بالعَيْنِ.

وقوله: تسكُنُها [٩]، بمنزلةِ قولِه: لِتسكُنَها [١٠]، كما إذا قال وهَبْتُها لك لِتُؤاجرَها ولو

(١) في المخطوط: «الوصى».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «ومثله».
(٤) في المخطوط: «ما في البطن».
(٥) في المخطوط: «عُلم».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «التمليك».
(٨) في المخطوط: «فمعناه أى».
(٩) في المخطوط: «يسكنها».
(١٠) في المخطوط: «ليسكنها».

قال هي لك تسكُنُها كانت هبةَ أيضًا ؛ لأنّ الإضافةَ بحرفِ اللّامِ إلى مَنْ هو [من] [١] أهلَ المِلْكِ لِلتَّمْليكِ، وقولُه: تسكُنُها مَشورةٌ على ما بَيَّنّا.

فصل [في شرائطها]

وَأمّا الشَّرائطُ: فأنْواعٌ بعضُها يرجعُ إلى نفسِ الرُّكْنِ [٢]، وبعضُها يرجعُ إلى الواهبِ، وبعضُها يرجعُ إلى الموهوبِ، وبعضُها يرجعُ إلى الموهوبِ له.

(أما الذي يرجع إلى نفس الركن) [٣] فهو أنْ لا يكونَ مُعَلَّقًا [٤] بما له خَطَرُ الوُجودِ والعَدَمِ من (دُخول زَيْدٍ وقُدومِ خالدٍ) [٥] والرُّقْبى ونحوِ ذلك ولا مُضافًا إلى وقتٍ بأنْ يقولَ وَهَبْتُ هذا الشّيءَ منكَ غَدًا أو رَأسَ شَهْرٍ كذا؛ لأنّ الهبةَ تمليكُ العَيْنِ للحالِ، وأنّه لا يحتملُ التّعْليقَ بالخطَرِ (والإضافةُ إلى الوقْتِ كالبيعِ) [٦].

(وأمّا ما) [٧] يرجعُ إلى الواهبِ فهو أنْ يكونَ مِمَّنْ يَمْلِكُ التّبرُّعَ ولأنّ الهبةَ تَبَرُّعٌ فلا يَمْلِكُها مَنْ لا يَمْلِكُ التّبرُّعَ فلا تَجوزُ هبةُ الصّبيِّ والمجنونِ لأنّهما لا يَمْلِكانِ التّبرُّعَ لِكَوْنِه ضرَرًا مَحْضًا لا يُقابِلُه نَفْعٌ دُنْيَويٌّ، فلا يَمْلِكُها [٨] الصّبيُّ والمجنونُ كالطَّلاقِ والعَتاقِ وكذا الأبُ لا يَمْلِكُ هبةَ مالِ الصّغيرِ من غيرِ شرطِ العِوَضِ بلا خلافٍ؛ لأنّ المُتَبَرِّعَ بمالِ الصّغيرِ قُرْبانِ مالِه لا على الوجه الأحْسَنِ ولأنّه لا يُقابِلُه نَفْعٌ دُنْيَويٌّ وقد قال الله عَزَّ شَأنُه: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام:١٥٢] ولأنّه إذا لم يُقابِلْه عِوَضٌ دُنْيَويٌّ كان التّبرُّعُ ضرَرًا مَحْضًا وتَرْكَ الضرر مرحمة في حَقِّ الصّغيرِ فلا يدخلُ تَحْتَ وِلايةِ الوليِّ لِقولِه عليه الصلاة والسلام: «لا ضرَرَ ولا إضرارَ فِي الإسلامِ» [٩] وقولُه عليه الصلاة والسلام: «مَنْ

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «الشرط».
(٣) في المطبوع: «أمّا الأوّلُ».
(٤) في المخطوط: «متعلقًا».
(٥) في المخطوط: «دخول الدار وقدوم فلان».
(٦) في المخطوط: «ولا الإضافة إلى البيع».
(٧) في المخطوط: «فأما الذى».
(٨) في المخطوط: «يملكه».
(٩) صحيح: أخرجه ابن ماجه، كتاب: الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، برقم (٢٣٤٠)، وأحمد، برقم (٢٨٦٢)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٥٦)، برقم (١١٦٥٧) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه، انظر صحيح سنن ابن ماجه للألباني، ومن حديث ابن عباس وبسند حسن أخرجه ابن ماجه، كتاب: الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، برقم (٢٣٤١)، وأحمد برقم (٢٨٦٢)، والطبراني في الأوسط (٤/ ١٢٥)، برقم (٣٧٧٧)، وفي الكبير (١١/ ٢٢٨)، برقم (١١٥٧٦).. =

لا [١] يَرْحَمْ صَغِيرَنا فليس مِنّا» [٢] ولِهذا لم يَمْلِكْ طَلاقَ امرأتِه وإعتاقَ عبدِه وسائرِ التّصَرُّفاتِ الضّارّةِ المَحْضةِ [٣/ ١٨٩أ].

وإنْ شَرَطَ [الأبُ] [٣] العِوَضَ لا يجوزُ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رحمهما الله.

وقال [٤] محمّدٌ رحمه الله يجوزُ وعلى هذا هبةُ المُكاتَبِ والمَأذونِ أنّه لا يجوزُ عندَهما سَواءٌ كان بعِوَضٍ أو بغيرِ عِوَضٍ وعندَه يجوزُ بشرطِ العِوَضِ والأصلُ عندَهما أنّ كُلَّ مَنْ لا يَمْلِكُ التّبَرُّعَ لا يَمْلِكُ الهبةَ لا بعِوَضٍ ولا بغيرِ عِوَضٍ والأصلُ عندَه أنّ كُلَّ مَنْ يَمْلِكُ البيعَ يَمْلِكُ الهبةَ بعِوَضٍ.

(وجه) قولِ محمّدٍ أنّ الهبةَ تمليكٌ فإذا شَرَطَ فيها العِوَضَ كانت تمليكًا بعِوَضٍ وهذا تفسيرُ البيعِ وإنّما اختَلَفَتِ العِبارةُ ولا عِبْرةَ باختِلافِها [٥] بعدَ اتّفاقِ المعنى كلَفْظِ البيعِ مع لَفْظةِ التّمليكِ.

(ولهما) أنّ الهبةَ بشرطِ العِوَضِ تَقَعُ تَبَرُّعًا ابْتِداءً ثم تَصيرُ بيعًا في الانتِهاءِ بدَليلِ أنّها لا تُفيدُ المِلْكَ قبلَ القبضِ ولو وقَعَتْ بيعًا من حينِ وُجودِها لَما تَوَقَّفَ المِلْكُ فيه على القبضِ؛ لأنّ البيعَ الصحيح يُفيدُ المِلْكَ بنفسِه دَلَّ أنّها وقَعَتْ تَبَرُّعًا ابْتِداءً وهَؤُلاءِ لا يَمْلِكونَ التّبَرُّعَ فلم تَصِحَّ الهبةُ حينَ وُجودِها فلا يُتَصَوّرُ أنْ تَصيرَ بيعًا بعدَ ذلك.

(وأمّا) ما [٦] يرجعُ إلى الموهوبِ فأنْواعٌ: منها أنْ يكونَ موجودًا وقتَ الهبةِ، فلا تَجوزُ هبةُ ما ليس بموجودٍ وقتَ العقدِ بأنْ وهَبَ ما يُثْمِرُ نَخْلُه العامَ وما تَلِدُ أغْنامُه السَّنَةَ ونحوِ ذلك بخلافِ الوصيّةِ والفرْقُ أنّ الهبةَ تمليكٌ للحالِ وتمليكُ المَعْدومِ مُحالٌ

=وأورده ابن عبد البر في التمهيد (٢٠/ ١٥٨) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، انظر حقوق النساء في الإسلام للألباني، ص (٦٧).

(١) في المخطوط: «لم».

(٢) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: الأدب، باب: في الرحمة، برقم (٤٩٤٣)، والترمذي، كتاب: البر والصلة، باب: ما جاء في رحمة الصبيان، برقم (١٩٢٠)، وأحمد، برقم (٦٦٩٤)، والحميدي في مسنده (٢/ ٢٦٨)، برقم (٥٨٦)، والبيهقي في الشعب (٧/ ٤٥٧)، برقم (١٠٩٧٦)، والبخاري في الأدب المفرد (١/ ١٢٩)، برقم (٣٥٤)، وهناد في الزهد (٢/ ٦١٥) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، وانظر صحيح الجامع الصغير للألباني، رقم (٥٤٤٤).

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «وعند».

(٥) في المخطوط: «باختلاف العبارة».

(٦) في المخطوط: «الذى».

والوصيةُ تمليكٌ مُضافٌ إلى ما بعدَ الموتِ والإضافةُ لا تمنَعُ جوازَها.

و[كذلك] [١] لو وهَبَ ما في بَطْنِ هذِه الجاريةِ أو ما في بَطْنِ هذِه الشّاةِ أو ما في ضرْعِها، لا يجوزُ وإنْ سَلَّطَه على القبضِ عند الوِلادةِ والحلْبِ لأنّه لا وجهَ لِتَصْحيحِه للحالِ لاحتِمالِ الوُجودِ والعَدَمِ؛ لأنّ انتِفاخَ البَطْنِ قد يكونُ للحَمْلِ وقد يكونُ لِداءٍ في البَطْنِ وغيرِه وكذا انتِفاخُ الضَّرْعِ قد يكونُ باللَّبَنِ وقد يكونُ بغيرِه فكان له خَطَرُ الوُجودِ والعَدَمِ ولا سَبيلَ لِتَصْحيحِه بالإضافةِ إلى ما بعدَ زَمانِ الحُدوثِ؛ لأنّ التّمليكَ بالهبةِ مِمّا لا يحتملُ الإضافةَ إلى الوقْتِ فبَطَلَ ولِهذا لا يجوزُ بيعُه بخلافِ ما إذا وهَبَ الدَّيْنَ من غيرِ مَنْ عليه الدَّيْنُ وسَلَّطَه على القبضِ أنّه يَصِحُّ استحسانًا لأنّه أمكَنَ تَصْحيحُه للحالِ لِكَوْنِ الموهوبِ موجودًا مملوكًا للحالِ مقدورَ القبضِ بطريقِه على ما سَنَذْكُرُه إنْ شاء الله تعالى.

وكذلك لو وهَبَ زُبْدًا في لَبَنٍ أو دُهْنًا في سِمْسِمٍ أو دَقيقًا في حِنْطةٍ، لا يجوزُ وإنْ سَلَّطَه على قبضِه عند حُدوثِه لأنّه مَعْدومٌ للحالِ فلم يوجَدْ مَحَلُّ حُكْمِ العقدِ للحالِ فلم يَنْعَقِدْ ولا سَبيلَ إلى الإضافةِ إلى وقتِ الحُدوثِ فبَطَلَ أصلاً بخلافِ ما إذا وهَبَ صوفًا على ظَهْرِ الغَنَمِ وجَزَّه وسَلَّمَه أنّه يجوز؛ لأنّ الموهوبَ موجودٌ مملوكٌ للحالِ إلاّ أنّه لم يَنْفُذْ للحالِ لِمانِعٍ وهو كونُ الموهوبِ مشغولاً بما ليس بموهوبٍ فإذا جَزَّه فقد زالَ المانِعُ لِزَوالِ الشُّغْلِ فيَنْفُذُ عند وُجودِ القبضِ كما لو وهَبَ شِقْصًا مُشاعًا ثم قَسَّمَه وسَلَّمَه.

-(**ومنها**): أنْ يكونَ [٢] مالاً مُتَقَوِّمًا، فلا تَجوزُ هبةُ ما ليس بمالٍ أصلاً كالحُرِّ والمَيْتةِ والدَّمِ وصَيْدِ الحرَمِ والإحرام والخِنْزيرِ (وغيرِ ذلك على ما) [٣] ذَكَرْنا في البيوعِ، ولا هبةُ ما ليس بمالٍ مُطْلَقٍ: كأُمِّ الولَدِ (والمُدَبَّرِ المُطْلَقِ والمُكاتَبِ) [٤] لِكَوْنِهم أحْرارًا من وجهٍ ولِهذا لم يجُزْ بيعُ هَؤُلاءِ ولا هبةُ ما ليس بمُتَقَوِّمٍ كالخمْرِ ولِهذا لم يجُزْ بيعُها.

-(**ومنها**): أنْ يكونَ مملوكًا في نفسِه فلا تَجوزُ هبةُ المُباحاتِ؛ لأنّ الهبةَ تمليكٌ وتمليكُ ما ليس بمملوكٍ مُحالٌ.

-(**ومنها**): أنْ يكونَ مملوكًا للواهبِ فلا تَجوزُ هبةُ مالِ الغيرِ بغيرِ إذنِه لاستِحالةِ تمليكِ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «لا يكون».

(٣) في المخطوط: «لما».

(٤) في المخطوط: «والمدبر والمكاتب المطلق».

ما ليس بمملوكٍ للمملك وإنْ شِئْتَ رَدَدْتَ هذا الشّرطَ إلى الواهبِ وكُلُّ ذلك صَحيحٌ؛ لأنّ المالِكَ والمملوكَ من الأسْماءِ الإضافيّةِ والعَلَقةُ التي تَدورُ عليها الإضافةُ هي المِلْكُ فيجوزُ رَدُّ هذا الشّرطِ إلى الموهوبِ ويجوزُ رَدُّه إلى الواهبِ في صِناعةِ التّرْتيبِ فافْهَمْ.

وسَواءٌ كان المملوكُ عَيْنًا أو دَيْنًا فتَجوزُ هبةُ الدَّيْنِ لِمَنْ عليه الدَّيْنُ قياسًا واستحسانًا.

(وأمّا) هبةُ الدَّيْنِ لِغيرِ مَنْ عليه الدَّيْنُ فجائزٌ أيضًا إذا أذِنَ له بالقبضِ وقَبَضَه استحسانًا والقياسُ أنْ لا يجوزَ وإنْ أذِنَ له بالقبضِ.

(وجه) القياس أنّ القبضَ شرطُ جوازِ الهبةِ وما في الذِّمّةِ لا يحتملُ [٣/ ١٨٩ب] القَبضَ بخلافِ ما إذا وهَبَ لِمَنْ عليه؛ لأنّ الدَّيْنَ في ذِمَّتِه وذِمَّتُه في قبضِه فكان الدَّيْنُ في قبضِه بواسطةِ قبضِ الذِّمّةِ وجه الاستحسانِ أنّ ما في الذِّمّةِ مقدورُ التّسْليمِ والقبضِ ألا تَرَى أنّ المَدْيونَ يُجْبَرُ على تسليمِه إلاّ أنّ قبضَه بقبضِ العَيْنِ فإذا قَبَضَ العَيْنَ قامَ قبضُها مَقامَ قبضِ عَيْنِ ما في الذِّمّةِ إلاّ أنّه لا بُدَّ من الإذنِ بالقبضِ صَريحًا ولا يُكْتَفَى فيه بالقبضِ بحَضْرةِ الواهبِ بخلافِ هبةِ العَيْنِ لِما نَذْكُره [في موضِعِه] (١).

-(ومنها)، أنْ يكونَ مَحوزًا فلا تَجوزُ هبةُ المُشاعِ فيما يُقَسَّمُ وتَجوزُ فيما لا يُقَسَّمُ كالعبدِ والحمّامِ والدَّنِّ (٢) ونحوِها وهذا عندَنا (٣).

وعند الشّافعيِّ رحمه الله [هذا] (٤) ليس بشرطٍ وتَجوزُ هبة المُشاعِ فيما يُقَسَّمُ وفيما لا يُقَسَّمُ عندَه (٥).

واحتجَّ بظاهرِ قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ [البقرة:٢٣٧] أوجَبَ سبحانه وتعالى نصفَ المَفْروضِ في الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ إلاّ أنْ يوجَدَ الحطُّ من الزَّوْجاتِ عن النِّصْفِ من غيرِ فصلٍ بين العَيْنِ والدَّيْنِ والمُشاعِ والمقسومِ (٦) فيَدُلُّ على جوازِ هبةِ المُشاعِ في الجُمْلةِ، وبِما رُوِيَ أنّ رَسُولَ الله ﷺ أنّه لَمّا شَدَّدَ فِي الغُلُولِ فِي الغَنِيمةِ فِي بعضِ الغَزَواتِ فقامَ عليه الصلاة والسلام إلى سَنامِ بَعِيرٍ وأخذ منه وبَرَةً ثم قال: «أما إنّي لا

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «الدرة».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١٢/ ٦٤، ٦٥).
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) مذهب الشافعية: أنه تجوز هبة المشاع في الوجهين كالبيع، انظر: المهذب (١/ ٤٥٣).
(٦) في المخطوط: «المفرز».

يَحِلُ لِي من غَنِيمَتِكُمْ ولو بمثلِ هذِه الوبَرةِ إلّا الخُمسَ والخُمسُ مَرْدُودٌ فِيكُمْ رُدُّوا الخيطَ والمِخْيَطَ فإنَ الغُلُولَ عارٌ وشَنارٌ على صاحبِه [إلى] (١) يوم القِيامةِ» (٢) فجاءَ أعرابِيٌّ بكُبّةٍ (٣) من شَعْرٍ فقال: أخَذْتُها لأُصْلِحَ بها بَرْذَعةَ بَعِيرِي يا رَسُولَ اللّه، فقال: «أمّا نَصِيبِي فهُوَ لك وسأسأل لك الباقِي» وهذا هبةُ المَشاعِ فيما يُقَسَّمُ ورُوِيَ أنّ رَسُولَ الله ﷺ لما قدم المدينة نَزَلَ على أبِي أيُّوبَ الأنصارِيِّ رضي الله عنه فنَظَرَ إلى موضِعِ المسجِدِ فوَجَدَه بين أسْعَدَ بنِ زُرارةَ وبين رجلينِ من قَوْمِه فاستَباع أسْعَدُ نَصِيبَهما لِيَهَبَ الكُلَّ من رَسُولِ الله ﷺ فأبيا ذلك فوَهَبَ أسْعَدُ نَصِيبَه من النّبِيِّ ﷺ فوَهَبا أيضًا نَصِيبَهما من رَسُولِ الله ﷺ فقد قَبِلَ النّبِيُّ ﷺ الهبةَ فِي نَصِيبِ أسْعَدَ وقَبِلَ فِي نَصِيبِ الرّجلينِ أيضًا ولو لم يَكُنْ جائزًا لَما قَبِلَ؛ لأنّ أدْنَى حالِ فعلِ النّبِيِّ عليه الصلاة والسلام الجوازُ ولأنّ الشّياعَ لا يَمْنَعُ حُكْمَ هذا التّصرُّفِ ولا شرطَه؛ لأنّ حُكْمَ الهبةِ المِلْكُ والشّياعُ لا يَمْنَعُ المِلْكَ.

ألا تَرَى أنّه يجوزُ بيعُ المُشاعِ، (وكذا هبةُ) (٤) المُشاعِ فيما لا يُقَسَّمُ وشرطُه هو القبضُ والشُّيوعُ لا يَمْنَعُ القبضَ لأنّه يَحْصُلُ قابِضًا لِلنِّصْفِ المُشاعِ بتَخْلِيةِ الكُلِّ ولِهذا جازَتْ هبةُ المُشاعِ فيما لا يُقَسَّمُ وإنْ كان القبضُ فيها شرطًا لِثُبوتِ المِلْكِ كذا هذا.

(ولَنا) إجماعُ الصّحابةِ رضي الله عنهم فإنّه رويَ أنّ سَيِّدَنا أبا بَكْرٍ قال في مَرَضِ موتِه لِسَيِّدَتِنا عائشةَ رضي الله عنها: إنّ أحَبَّ النّاس إلَيَّ غِنًى أنْتِ وأعَزَّهم عَلَيَّ فقْرًا أنْتِ وإنّي كُنْتُ نَحَلْتُكِ جِدادَ عشرينَ وسْقًا من مالي بالعاليةِ وإنّكِ لم تكوني قَبَضْتيه ولا جَذَيْتيه (٥)،

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) حسن: أخرجه أبو داود، كتاب: الجهاد، باب: في فداء الأسير بالمال، برقم (٢٦٩٤)، والنسائي، كتاب: الهبة، باب: هبة المشاع، برقم (٣٦٨٨)، وأحمد، برقم (٦٦٩٠)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٣٣٦)، برقم (١٢٧١٢)، والطبراني في الأوسط (٢/ ٢٤٢)، برقم (١٨٦٤) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما، انظر صحيح الجامع الصغير للألباني، رقم (٧٨٧٣)، ومن حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه، وبسند صحيح، أخرجه النسائي، كتاب: قسم الفيء، برقم (٤١٣٨)، وأحمد، برقم (٢٢٢١١)، وابن حبان (١١/ ١٩٣)، برقم (٤٨٥٥)، وسعيد بن منصور في سننه (٥/ ١٨٨)، برقم (٩٨٢)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٣٠٣)، والبزار في مسنده (٧/ ١٥٤)، برقم (٢٧١٢)، والطبراني في مسند الشاميين (٢/ ٣٦٣)، برقم (١٥٠٢)، وأورده ابن عبد البر في التمهيد (٢٠/ ٥٠)، انظر صحيح الجامع الصغير للألباني، رقم (٧٨٧٢).

(٣) الكبة: ما جمع من الغزل. مثلاً. على شكل كرة أو أسطوانة، انظر: المعجم الوجيز ص (٥٢٤).

(٤) في المخطوط: «كراهة».

(٥) كذا والذي في مصادر التخريج: «حزتيه» وفي بعضها: «احتزتيه».

وإنّما هو اليومَ مالُ الوارثِ اعتبَرَ سَيِّدُنا الصِّدّيقُ رضي الله عنه القبضَ والقسمة في الهبةِ لِثبوتِ المِلْكِ؛ لأنّ الحيازةَ في اللُّغةِ جَمْعُ الشّيءِ المُفرَّقِ في حَيِّزٍ وهذا معنى القسمةِ؛ لأنّ الأنْصِباءَ الشّائعة قبلَ القسمةِ كانت مُتفرِّقةً والقسمةُ تَجْمَعُ كُلَّ نَصيبٍ في حَيِّزٍ.

ورُوِيَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه [أنه] (١) قال: ما بالُ أحدِكُمْ يَنْحَلُ ولَدَه نُحْلاً لا يَحوزُها ولا يَقْسِمُها ويقولُ إنْ مِتُّ فهو له وإنْ مات رجعتْ إلَيَّ وايمُ الله لا يَنْحَلُ أحدُكُمْ ولَدَه نُحْلى لا يَحوزُها ولا يَقْسِمُها فيَموتُ إلاّ جَعَلْتُها ميراثًا لِوَرَثَتِه (٢) والمُرادُ من الحيازةِ القبضُ هنا لأنّه ذَكَرَها بمُقابَلةِ (٣) القسمةِ حتى لا يُؤَدّيَ إلى التّكْرارِ أخْرَجَ الهبةَ من أنْ تكونَ موجِبةً للمِلْكِ بدونِ القبضِ والقسمةِ.

ورُوِيَ عن سَيِّدِنا عَلِيٍّ رضي الله عنه أنّه قال مَنْ وهَبَ ثُلُثَ كذا أو رُبُعَ كذا لا يجوزُ ما لم يُقاسِمْ وكُلُّ ذلك بمَحْضرٍ من أصحابِ رَسولِ الله ﷺ ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليهم مُنْكِرٌ فيكونُ إجماعًا.

ولأنّ القبضَ شرطُ جوازِ هذا العقدِ والشُّيوعُ يَمْنَعُ من [٣/ ١٩٠أ] القبضِ؛ لأنّ معنى القبضِ هو التّمَكُّنُ من التّصَرُّفِ في المقبوضِ والتّصَرُّفُ في النِّصْفِ (٤) الشّائعِ وحْدَه لا يُتَصَوَّرُ فإنّ سُكْنَى نصف الدّارِ شائعًا ولُبْسَ نصفِ الثّوْبِ شائعًا مُحالٌ ولا يَتَمَكَّنُ من التّصَرُّفِ فيه [إلا] (٥) بالتّصَرُّفِ في الكُلِّ؛ لأنّ العقدَ لم يَتَناوَلِ الكُلَّ.

وهَكذا نَقولُ في المُشاعِ الذي لا يُقَسَّمُ أنّ معنى القبضِ هناك لم يوجَدْ لِما قُلْنا إلاّ أنّ هناك ضرورةً لأنّه يَحْتاجُ إلى هبةِ بعضِه ولا حُكْمَ للهبةِ بدونِ القبضِ والشّياعُ مانِعٌ من القبضِ المُمَكِّنِ لِلتّصَرُّفِ ولا سَبيلَ إلى إزالةِ المانِعِ بالقسمةِ لِعَدَمِ احتِمالِ القسمةِ فمَسَّتِ الضَّرورةُ إلى الجوازِ وإقامةِ صورةِ التّخْليةِ مَقامَ القبضِ المُمَكِّنِ من التّصَرُّفِ ولا ضرورةَ هنا؛ لأنّ المَحَلَّ مُحْتَمِلٌ للقسمةِ فيُمْكِنُ إزالةَ المانِعِ من القبضِ المُمَكِّنِ بالقسمةِ أو نَقولَ: الصّحابةُ رضي الله عنهم شَرَطوا القبضَ المُطْلَقَ والمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إلى الكامِلِ وقبضُ

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) أخرجه مالك بنحوه، كتاب: الأقضية، باب: ما لا يجوز من النحل، برقم (١٤٧٥)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٧٠)، برقم (١١٧٢٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٢٨٠).
(٣) في المخطوط: «مقابلة».
(٤) في المخطوط: «النصيب».
(٥) زيادة من المخطوط.

المُشاعِ قبضٌ قاصِرٌ لِوُجودِه من حيث الصّورةِ دونَ المعنى على ما بَيَّنّا إلاّ أنّه اكتَفَى بالصّورةِ في المُشاعِ الذي لا يحتملُ القسمةَ لِلضَّرورةِ التي ذَكَرْنا ولا ضرورةَ هنا فلَزِمَ اعتِبارُ الكَمالِ في القبضِ ولا يوجَدُ في المُشاعِ ولأنّ الهبةَ عقدُ تَبرُّعٍ فلو صَحَّتْ في مُشاعٍ يحتملُ القسمةَ لَصارَ عقدُ ضَمانٍ؛ لأنّ الموهوبَ له يَمْلِكُ مُطالَبَةَ الواهبِ بالقسمةِ فيَلْزَمُه ضَمانُ القسمةِ فيُؤَدّي إلى تَغْييرِ المشروعِ ولِهذا تَوَقَّفَ المِلْكُ في الهبةِ على القبضِ لِما أنّه لو مَلَكه بنفسِ العقدِ لَثَبَتَتْ له وِلايةُ المُطالَبَةِ بالتّسْليمِ فيُؤَدّي إلى إيجابِ الضَّمانِ في عقدِ التّبرُّعِ وفيه تَغْييرُ المشروعِ وكذا هذا بخلافِ مُشاعٍ لا يحتملُ القسمةَ؛ لأنّ هناك لا يُتَصَوَّرُ إيجابُ الضَّمانِ على المُتَبَرِّعِ؛ لأنّ الضَّمانَ ضَمانُ القسمةِ والمَحِلُّ لا يحتملُ القسمةَ فهو الفرْقُ.

(وأمّا) الآيةُ فلا حُجّةَ له فيها؛ لأنّ المُرادَ من المَفروضِ الدَّيْنُ لا العَيْنِ ألا تَرَى أنّه قال: ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ﴾ [البقرة:٢٣٧] والعَفْوُ إسقاطٌ وإسقاطُ الأعيانِ لا يُعْقَلُ وكذا الغالِبُ في المَهْرِ [١] أنْ يكونَ دَيْنًا وهبةُ الدَّيْنِ مِمَّنْ عليه الدَّيْنُ جائزٌ لأنّه إسقاطُ الدَّيْنِ عنه وأنّه جائزٌ في المُشاعِ.

(وأمّا) حَديثُ الكُبّةِ فيحتملُ أنْ يكون النّبيُّ ﷺ وهَبَ نَصيبَه منه واستَوْهَبَ البَقيّةَ من أصحابِ الحُقوقِ فوَهَبوا وسَلَّموا الكُلَّ جُمْلةً وفي الحديثِ ما يَدُلُّ عليه فإنّه قال: قال رَسولُ الله ﷺ: «وسَأسأل لكَ [٢] الباقي» وما كان هو عليه الصلاة والسلام ليُخلِفَ في وعْدِه وهبةُ المُشاعِ على هذا السَّبيلِ جائزةٌ عندَنا على أنّ ذلك [٣] كان هبة مُشاعٍ لا يَنْقَسِمُ من حيث المعنى؛ لأنّ كُبّةً واحدةً لو [٤] قُسِمَتْ على الجمِّ الغَفيرِ لا يُصيبُ كل واحد منهم إلاّ نَزْرٌ حَقيرٌ لا يُنْتَفَعُ به فكان في معنى مُشاعٍ لا يَنْقَسِمُ.

(وأمّا) حَديثُ أسْعَدَ بنَ زُرارةَ فحِكايةُ حالٍ يحتملُ أنّه وهَبَ نَصيبَه وشريكاه وهَبا نَصيبَهما منه وسَلَّموا الكُلَّ جُمْلةً وهذا جائزٌ عندَنا ويحتملُ أنّ الأنْصِباءَ كانت مقسومةً مُفْرَزةً ويجوزُ أنْ يُقال في مثلِ هذا بينهم إذا كانت الجُمْلةُ مُتّصِلةً بعضُها ببعضٍ كقَرْيةٍ بين جَماعةٍ أنّها تُضافُ إليهم وإنْ كانت أنْصِباؤُهم مقسومةً واحتَمَلَ بخلافِه فلا يكونُ حُجّةً مع

---

(١) في المخطوط: «الجملة».
(٢) في المخطوط: «سأسال لك».
(٣) في المخطوط: «ذاك».
(٤) في المخطوط: «إذا».

الاحتِمالِ؛ لأنّ حِكايةَ الحالِ لا عُمومَ له [١].

ولو قَسَمَ ما وهَبَ وأفرَزَه ثم سَلَّمَه إلى الموهوبِ له جازَ؛ لأنّ هبةَ المُشاعِ عندَنا مُنْعَقِدٌ موقوفٌ نَفاذُه على القسمةِ والقبضِ بعدَ القسمةِ هو الصّحيحُ إذِ الشُّيوعُ لا يَمْنَعُ رُكْنَ العقدِ ولا حُكْمَه وهو المِلْكُ ولا سائرِ الشَّرائطِ إلاّ القبضُ المُمَكِّنُ من التّصرُّفِ فإذا قَسَمَ وقَبَضَ فقد زالَ المانِعُ من النّفاذِ فيَنْفُذُ وحَديثُ الصِّدّيقِ رضي الله عنه [٢] يَدُلُّ عليه فإنّه قال لَسَيِّدَتِنا عائشةَ رضي الله عنها: إنّي كُنْتُ نَحَلْتُكِ جِدادَ عشرينَ وسْقًا من مالي، وكان ذلك هبةَ المُشاعِ، فيما يَنْقَسِمُ؛ لأنّ النّحْلَ من ألفاظِ الهبةِ ولو لم يَنْعَقِدْ لَما فعَلَه الصِّدّيقُ رضي الله عنه لأنّه ما كان ليَعْقِدَ عقدًا باطِلاً فدَلَّ قولُ الصِّدّيقِ رضي الله عنه على انعِقادِ العقدِ في نفسِه وتَوَقُّفِ حُكْمِه على القسمةِ والقبضِ وهو [٣] عَيْنُ مذهَبِنا والله عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

وكذلك لو وهَبَ نصفَ دارِه من رجلٍ ولم يُسَلِّمْ إليه ثم وهَبَ منه النِّصْفَ الآخَرَ وسَلَّمَ إليه (جُمْلَةً جازَ) [٤] [٣/ ١٩٠ب] لِما قُلْنا.

ولو وهَبَ منه نصفَ الدّارِ وسَلَّمَ إليه بنِحْلةِ الكُلِّ ثم وهَبَ منه النِّصْفَ الآخَرَ وسَلَّمَ لم تَجُزِ الهبةُ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما هبةُ المُشاعِ وهبةُ المُشاعِ فيما يُقْسَمُ لا تَنْفُذُ إلاّ بالقسمةِ والتّسليمِ ويَسْتَوي فيه الجوابُ في هبةِ المُشاعِ بين أنْ يكونَ من أجنَبيٍّ أو من شريكِه كُلُّ ذلك لا يجوزُ لِقولِ جَماعةٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم لا تَجوزُ الهبةُ إلاّ مقسومة مَحوزةً من غيرِ فصلٍ ولأنّ المانِعَ هو الشّياعُ عند القبضِ وقد وُجِدَ وعلى هذا الخلافِ صَدَقةُ المُشاعِ فيما يَنْقَسِمُ (أنّه لا يجوزُ) [٥] عندَنا [٦] خلافًا لِلشّافعيِّ رحمه الله [٧].

(وجه) قولِه أنّ الشّياعَ لا يَمْنَعُ حُكْمَ التّصرُّفِ وهو المِلْكُ ولا شرطَه وهو القبضُ ولا

---

(١) في المخطوط: «لها».
(٢) في المطبوع: «لا».
(٣) في المخطوط: «هذا».
(٤) في المخطوط: «الكل فهذا جائز».
(٥) في المخطوط: «أنها لا تجوز».
(٦) انظر في مذهب الحنفية: شرح فتح القدير (٩/ ٢٧)، الاختيار (٣/ ٤٩، ٥٠)، البناية (٩/ ٢٠٧، ٢٠٨)، اللباب (٢/ ١٢٢).
(٧) وفي بيان مذهب الشافعية: أن كل ما جاز بيعه، جاز هبته، فتجوز هبة المشاع سواء ما هو قابل للقسمة أو غير قابل، وسواء كانت الهبة لشريك أو لغيره، انظر: الوسيط (٤/ ٢٦٧)، روضة الطالبين (٥/ ٣٧٣).

يَمْنَعُ جوازَه كالمَفْروضِ [١].

(ولَنا) أنّ القبضَ شرطُ جوازِ الصّدَقةِ ومعنى القبضِ لا يَتَحقَّقُ في الشّائعِ أو لا يَتكامَلُ فيه لِما بَيَّنّا في الهبةِ ولأنّ التّصَدُّقَ تَبَرُّعٌ كالهبةِ وتَصْحيحُه في المُشاعِ يُصَيِّرُها عقدَ ضَمانٍ فيَتَغَيَّرُ المشروعُ على ما بينا في الهبةَ.

ولو وهَبَ شيئًا يَنْقَسِمُ من رجلينِ كالدّارِ والدَّراهمِ والدَّنانيرِ ونحوِها وقَبَضاه لم يجُزْ عند أبي حنيفةَ وجازَ عند أبي يوسفَ ومحمّدٍ وأجمَعوا على أنّه لو وهَبَ رجلانِ من واحدٍ شيئًا يَنْقَسِمُ وقَبَضَه أنّه يجوزُ فأبو حنيفةَ يَعْتَبِرُ الشُّيوعَ عند القبضِ وهما يَعْتَبِرانِه عند العقدِ والقبضِ جميعًا فلم يُجَوِّزْ أبو حنيفةَ هبةَ الواحدِ من اثنيْنِ لِوُجودِ الشّياعِ وقتَ القبضِ وهما جَوّزاها لأنّه لم يوجَدِ الشّياعُ في الحالينِ بل وُجِدَ (أحدُهما دونَ الآخَرِ وجَوّزوا) [٢] هبةَ الاثنيْنِ من واحدٍ.

(أمّا) أبو حنيفةَ رحمه الله فلِعَدَمِ الشُّيوعِ في وقتِ القبضِ (وأمّا) هما فلانعِدامِه في الحالينِ لأنّه وُجِدَ عند العقدِ ولم يوجَدْ عند القبضِ ومَدارُ الخلافِ بينهم على حرفٍ وهو أنّ هبةَ الدّارِ من رجلينِ تمليكُ كُلِّ الدّارِ لهما جُمْلةً أو تمليك النصف من أحدِهما والنِّصْفُ من الآخَرِ (فعندَ أبي حنيفةَ تمليكُ النِّصْفِ من أحدِهما والنِّصْفِ من الآخَرِ) [٣] فيكونُ هبةَ المُشاعِ فيما يَنْقَسِمُ كأنّه أفرَدَ تمليكَ كُلِّ نصفٍ من كُلِّ واحدٍ منهما بعقدٍ على حِدةٍ وعندَهما هي تمليكُ الكُلِّ منهما إلاّ تمليكَ النِّصْفِ من هذا والنِّصْفِ من ذلك فلا يكونُ تمليكَ الشّائعِ فيجوزُ.

(وجه) قولِهما أنّ العملَ بموجَبِ الصّيغةِ هو الأصلُ وذلك فيما قُلْنا؛ لأنّ قوله وهَبْتُ هذِه الدّارَ لكما هبةُ كُلِّ الدّارِ جُمْلةً منهما إلاّ هبةَ النِّصْفِ من أحدِهما والنِّصْفِ من الآخَرِ؛ لأنّ ذلك تَوْزيعٌ وتفريقٌ واللَّفْظُ لا يَدُلُّ عليه ولا يجوزُ العُدولُ عن موجَبِ اللَّفْظِ لُغةً إلاّ لِضرورةِ الصِّحّةِ وفي العُدولِ عن ظاهرِ الصّيغةِ ههنا فسادُ العقدِ بسببِ الشُّيوعِ فوَجَبَ العملُ بظاهرِ الصّيغةِ وهو تمليكُ الكُلِّ منهما وموجِبُ التّمليكِ منها ثُبوتُ المِلْكِ لهما في

---

(١) في المخطوط: «كالمفرز».
(٢) في المخطوط: «في إحداهما دون الأخرى وجواز».
(٣) في المخطوط: «فعنده أنها تمليك النصف من كل واحد».

الكُلِّ وإنّما يَثْبُتُ المِلْكُ لِكُلِّ واحدٍ منهما في النِّصْفِ عند الانقِسامِ ضرورةُ المُزاحمةِ واستِوائهما في الاستحقاقِ إذْ ليس كُلُّ واحدٍ منهما أولى من الآخَرِ لِدُخولِ كُلِّ واحدٍ منهما في العقدِ على السَّواءِ كالأخوَيْنِ في الميراثِ عند الاستِواءِ في الدَّرجةِ أنّ الميراثَ يكونُ بينهما نصفَيْنِ وإنْ كان سببَ الاستحقاقِ في حَقِّ كُلِّ واحدٍ منهما على الكَمالِ حتى لو انفرَدَ أحدُهما يَسْتَحِقُّ كُلَّ المالِ وإذا جاءَتِ المُزاحَمةُ مع المُساواةِ في الاستحقاقِ يَثْبُتُ عند انقِسامِ الميراثِ في النِّصْفِ.

وكذا الشَّفيعانِ يَثْبُتُ لِكُلِّ واحدٍ منهما أَخْذُ نصفِ الدّارِ بالشُّفْعةِ لِضرورةِ المُزاحَمةِ والاستِواءِ في الاستحقاقِ وإنْ كان السَّبَبُ في حَقِّ كُلِّ واحدٍ منهما صالِحًا لإثباتِ حَقِّ الشُّفْعةِ في الكُلِّ حتى لو سَلَّمَ أحدُهما يكونُ الكُلُّ للآخَرِ.

وعلى هذا مَسائلَ فلم يَكُنِ الانقِسامُ على التّناصُفِ موجِبَ الصّيغةِ بل لَتضايُقِ المَحَلِّ لِهذا جازَ الرَّهْنُ من رجلٍ فكان ذلك رَهْنًا من كُلِّ واحدٍ منهما على الكَمالِ إذْ لو كان رَهَنَ النِّصْفَ من هذا والنِّصْفَ من ذلك (لَما جازَ) [1] لأنّه يكونُ رَهَنَ المُشاعِ لِهذا لو قَضى الرّاهنُ دَيْنَ أحدِهما كان للآخَرِ حق حَبْس الكُلِّ دَلَّ أنّ ذلك رَهْنُ الكُلِّ من كُلِّ واحدٍ منهما [٣/ ١٩١أ] كذا هذا.

(وجه) قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله أنّ هذا تمليكٌ مُضافٌ إلى الشّائعِ فلا يجوزُ كما إذا مَلك نصفَ الدّارِ من أحدِهما والنِّصْفَ من الآخَرِ بعقدٍ على حِدةٍ والدَّليلُ على أنّ هذا تمليكٌ مُضافٌ إلى الشّائعِ أنّ قوله وهَبْتُ هذِه الدّارَ منكُما إمّا أنْ يكونَ تمليكَ كُلِّ الدّارِ الواحدةِ من كُلِّ واحدٍ منهما وإمّا أنْ يكونَ تمليكَ النِّصْفِ من أحدِهما والنِّصْفِ من الآخَرِ لا سَبيلَ إلى الأوّلِ؛ لأنّ الدّارَ الواحدةَ يَسْتَحيلُ أنْ تكونَ مملوكةً لِكُلِّ واحدٍ منهما على الكَمالِ والمُحالُ لا يكونُ موجِبَ العقدِ فتَعَيَّنَ الثّاني وهو أنْ يكونَ تمليكَ النِّصْفِ من أحدِهما والنِّصْفِ من الآخَرِ لِهذا لم يَمْلِكْ كُلُّ واحدٍ منهما التّصَرُّفَ في كُلِّ الدّارِ بل في نصفِها.

ولو كان كُلُّ الدّارِ مملوكًا لِكُلِّ واحدٍ منهما لَمَلك وكذا كُلُّ واحدٍ منهما يَمْلِكُ مُطالَبَةَ صاحبه بالتّهايُؤِ أو بالقسمةِ وهذا آيةُ ثُبوتِ المِلْكِ له في النِّصْفِ وإذا كان هذا تمليكَ الدّارِ

(١) في المخطوط: «لا يجوز».

لهما على التّناصُفِ كان تمليكًا مُضافًا إلى الشّائعِ كأنّه أفرَدَ لِكُلِّ واحدٍ منهما العقدَ في النِّصْفِ والشُّيوعُ يُؤَثِّرُ في القبضِ المُمَكِّنِ من التّصَرُّفِ على ما مَرَّ وقد خَرَجَ الجوابُ عن قولِهما أنّ موجِبَ الصّيغةِ ثُبوتُ المِلْكِ في كُلِّ الدّارِ لِكُلِّ واحدٍ منهما على الكَمالِ لِما ذَكَرْنا أنّ هذا مُحالٌ والمُحالُ لا يكونُ موجِبَ العقدِ ولا العاقِدُ بعقدِه يَقْصِدُ أمرًا مُحالاً أيضًا فكان موجِبُ العقدِ التّمليكَ منهما على التّناصُفِ؛ لأنّ هذا تمليكُ الدّارِ منهما فكان عملاً بموجِبِ الصّيغةِ من غيرِ إحالةٍ فكان أولى بخلافِ الرَّهْنِ فإنّ [1] الدّارَ الواحدةَ تَصْلُحُ مَرْهونةً عند كُلِّ واحدٍ منهما؛ لأنّ الرَّهْنَ هو الحبْسُ واجتِماعُهما على الحبْسِ مُتَصَوّرٌ بأنْ يَحْبِساه مَعًا أو يَضَعاه جميعًا على يَدَيْ عَدْلٍ فتكونَ الدّارُ مَحْبوسةً [كُلُّها] [2] عند كُلِّ واحدٍ منهما وهذا مِمّا لا يُمْكِنُ تَحْقيقُه في المِلْكِ فهو الفرْقُ وعند أبي حنيفةَ رحمه الله إذا وهَبَ من رجلينِ فقَسَمَ ذلك وسَلَّمَ إلى كُلِّ واحدٍ منهما جازَ؛ لأنّ المانِعَ هو الشُّيوعُ عند القبضِ وقد زالَ.

هذا إذا وهَبَ من رجلينِ شيئًا مِمّا يُقْسَمُ فإنْ كان مِمّا لا يُقْسَمُ جازَ بالإجماعِ لِما ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ ثم على أصلِهما إذا قال لِرجلينِ وهَبْتُ لَكُما هذِه الدّارَ لِهذا نصفُها ولِهذا نصفُها جازَ؛ لأنّ قوله لِهذا نصفُها ولِهذا نصفُها خَرَجَ تفسيرًا للحُكْمِ الثّابِتِ بالعقدِ إذْ لا يُمْكِنُ جَعْلُه تفسيرًا لِنفسِ العقدِ (لأنّ العقدَ) [3] وقَعَ (تمليكُ الدّارِ) [4] جُمْلةً منهما على ما بَيّنّا فجُعِلَ تفسيرًا لِحُكْمِه فلا يوجِبُ ذلك إشاعةً في العقدِ.

ولو قال وهَبْتُ [لَك نصفَها ولِهذا نصفَها لم يجُزْ؛ لأنّ الشُّيوعَ دَخَلَ على نفسِ العقدِ فمَنَعَ الجوازَ.

ولو قال وهَبْتُ] [5] لَكُما هذِه الدّارَ ثُلُثُها لِهذا وثُلُثاها لِهذا لم يجُزْ عند أبي يوسفَ وجازَ عند محمّدٍ.

(وجه) قولِ محمّدٍ أنّ العقدَ متى جازَ لاثنيْنِ يَسْتَوي فيه التّساوي والتّفاضُلُ كعقدِ البيعِ.

---

(١) في المخطوط: «لأن».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «بل».
(٤) في المخطوط: «تمليكًا».
(٥) ليست في المخطوط.

(وجه) قولِ أبي يوسفَ أنّ الجوازَ عند التّساوي بطريقِ التّفْسيرِ للحُكْمِ الثّابِتِ بالعقدِ وذلك لا يوجِبُ شُيوعًا في العقدِ ولَمّا فضَّلَ أحدَ النّصيبَيْنِ عن الآخَرِ تَعَذَّرَ جَعْلُه تفسيرًا؛ لأنّ مُطْلَقَ العقدِ لا يحتملُ التّفاضُلَ فكان تفضيلُ أحدِ النّصيبَيْنِ في معنى إفْرادِ العقدِ لِكُلِّ واحدٍ منهما فكان هبةَ المُشاعِ والشُّيوعُ يُؤَثِّرُ في الهبةِ ولا يُؤَثِّرُ في البيعِ.

ولو رَهَنَ من رجلينِ لأحدِهما ثُلُثُه وللآخَرِ ثُلُثاه أو نصفُه لِهذا ونصفُه لِذلك على التّفاضُلِ والتّناصُفِ لا يجوزُ بالإجماعِ بخلافِ ما إذا أبهَمَ بأنْ قال وهَبْتُ منكُما أنّه يجوزُ.

ولو وهَبَ من فقيرَيْنِ شيئًا يَنْقَسِمُ فالهبةُ من فقيرَيْنِ بمنزلةِ التّصَدُّقِ عليهما؛ لأنّ الهبةَ من الفقيرِ صَدَقةٌ لأنّه يُبْتَغى بها وجه الله تعالى وسَنَذْكُرُ حُكْمَها إنْ شاء الله تعالى.

وعلى هذا يخرجُ هبة الشّجرِ دونَ الثّمَرِ والثّمَرِ دونَ الشّجرِ والأرضِ دونَ الزَّرْعِ والزَّرْعِ دونَ الأرضِ أنّها غيرُ جائزةٍ؛ لأنّ الموهوبَ مُتَّصِلٌ بما ليس بموهوبٍ اتِّصالَ جُزْءٍ [(١)] بجُزْءٍ فكان كهبةِ المُشاعِ ولو فُصِلَ وسُلِّمَ جازَ كما في هبةِ المُشاعِ ولو تَصَدَّقَ بعَشْرةِ دراهمَ على رجلينِ فإنْ كانا غَنِيَّيْنِ لم يجُزْ عند أبي حنيفةَ ويجوزُ عندَهما؛ لأنّ التّصَدُّقَ على الغَنيِّ هبةٌ في الحقيقةِ والهبةُ من اثنيْنِ لا تَجوزُ وعندَهما جائزةٌ وإنْ كانا فقيرَيْنِ فعندَهما تَجوزُ كما تَجوزُ في الهبةِ من رجلينِ [٣/ ١٩١ب] وعن أبي حنيفةَ رحمه الله فيه رِوايَتانِ في كِتاب الهبةِ لا يجوزُ وفي الجامعِ الصّغيرِ [أنه] [(٢)] يجوزُ.

(وجه) رِوايةِ كِتابِ الهبةِ أنّ الشّياعَ كما يَمْنَعُ جوازَ الهبةِ يَمْنَعُ جوازَ الصّدَقةِ على ما ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ وههنا يَتحَقَّقُ الشُّيوعُ في القبضِ.

(وجه) رِوايةِ الجامعِ وهي الصّحيحةُ أنّ معنى الشُّيوعِ في القبضِ لا يَتَحَقَّقُ في الصّدَقةِ على فقيرَيْنِ؛ لأنّ المُتَصَدِّقَ يَتقَرَّبُ بالصّدَقةِ إلى الله عَزَّ وجَلَّ ثم الفقيرُ يَقْبِضُ من الله تعالى قال الله تبارك وتعالى: ﴿أَلَمْ يَعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ هُوَ يَقْبَلُ ٱلتَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِۦ وَيَأْخُذُ ٱلصَّدَقَٰتِ﴾ [التوبة: ١٠٤] وقال ﷺ: «الصّدَقةُ تَقَعُ فِي يَدِ الرَّحْمَنِ قبلَ أنْ تَقَعَ فِي يَدِ الفقيرِ» [(٣)] واللّه تعالى واحدٌ لا شريكَ له فلا يَتَحَقَّقُ معنى الشُّيوعِ كما لو تَصَدَّقَ على فقيرٍ واحدٍ ثم وكَّلَ بقبضِها

---

(١) في المخطوط: «الجزء».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) أخرجه أحمد، برقم (٩١٤٢)، وابن حبان (١/ ٥٠٤)، برقم (٢٧٠)، والحميدي في مسنده (٢/ ٤٨٨)، برقم (١١٥٤)، والحكيم الترمذي في نوادره (٢/ ٤٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وكيلينِ بخلافِ التّصَدُّقِ على غَنيَّيْنِ؛ لأنّ الصّدَقةَ على الغَنيِّ (يُبْتَغى بها وجه الغَنيِّ) (١) فكانت هَديّةً في الحقيقة لا صَدَقةً قال ﷺ: «الصّدَقةُ يُبْتَغى بها وجه الله تعالى والدّارُ الآخِرةُ والهَديّةُ يُبْتَغى بها وجه الرّسولِ وقَضاءُ الحاجةِ» والهَديّةُ هبةٌ فيَتَحَقّقُ معنى الشُّيوعِ في القبضِ وأنّه مانِعٌ من الجوازِ عندَه.

-(ومنها): القبضُ وهو أنْ يكونَ الموهوبُ مقبوضًا وإنْ شِئْت رَدَدْتَ هذا الشّرطَ إلى الموهوبِ [له] (٢)؛ لأنّ القابِضَ والمقبوضَ من الأسْماءِ الإضافيّةِ فالعلة (٣) التي تَدورُ عليها الإضافةُ من الجانِبَيْنِ هي القبضُ فيَصِحُّ رَدُّه إلى كُلٍّ واحدٍ منهما في صِناعةِ التّرْتيبِ فتَأمّلْ.

والكَلامُ في هذا الشّرطِ في موضِعَيْنِ في بيانِ أصلِ القبضِ أنّه شرطٌ أم لا؟ وفي بيان شَرائطِ صِحّةِ القبضِ.

(أمّا) الأوّلُ فقد اختُلِفَ فيه قال عامّةُ العُلَماءِ (٤): شرطٌ والموهوبُ قبلَ القبضِ على مِلْكِ الواهبِ يَتَصَرّفُ فيه كيْفَ شاء. وقال مالِكٌ رحمه الله: ليس بشرطٍ ويَمْلِكُه الموهوبُ له من غيرِ قبضٍ (٥).

[(وجه)] (٦) قولِه: أنّ هذا عقدُ تَبَرُّعٍ بتمليكِ العَيْنِ فيُفيدُ المِلْكَ قبلَ القبضِ كالوصيّةِ. ولَنا إجماعُ الصّحابةِ رضي الله عنهم، وهو ما رَوَيْنا أنّ سَيِّدَنا أبا بَكْرٍ وسَيِّدَنا عُمَرَ رضي الله عنهما اعتَبَرا القسمةَ والقبضَ لِجوازِ النُّحْلى بحَضْرةِ الصّحابةِ، ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليهما مُنْكِرٌ فيكونُ إجماعًا.

ورُوِيَ عن سَيِّدِنا أبي بَكْرٍ وسَيِّدِنا عُمَرَ وسَيِّدِنا عُثْمانَ وسَيِّدِنا عَليٍّ وابنِ عَبّاسٍ

---

(١) في المخطوط: «لا يبغى بها وجه الله».

(٢) ليست في المخطوط. (٣) في المطبوع: «والعَلَقة».

(٤) انظر في مذهب الحنفية: شرح فتح القدير (٩/ ١٩)، الاختيار (٣/ ٤٨)، البناية (٩/ ١٩٨).
ومذهب الشافعية: أن الهبة لا تفيد الملك إلا بعد القبض، انظر: روضة الطالبين (٥/ ٣٧٥)، مغني المحتاج (٢/ ٤٠٠)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٢٤).

(٥) ومذهب المالكية: أنه يثبت الملك في الهبة قبل القبض، انظر: الكافي ص (٥٢٨)، القوانين الفقهية (٣٧٣).

(٦) ليست في المخطوط.

رضي الله عنهم أنّهم قالوا: لا تَجوزُ الهبةُ إلاّ مقبوضةً مَحوزةً [(١)] ولم يَرِدْ عن غيرِهم خلافُه ولأنّها عقدُ تَبرُّعٍ فلو صَحَّتْ بدونِ القبضِ لَثَبَتَ للموهوبِ له وِلايةُ مُطالَبةِ الواهبِ بالتّسْليمِ فتَصيرُ عقدَ ضَمانٍ وهذا تَغْييرُ المشروعِ بخلافِ الوصيّةِ لأنّه ليس في إيجابِ المِلْكِ فيها قبلَ القبضِ تَغْييرُها عن موضِعها [(٢)] إذْ لا مُطالَبةَ [من] [(٣)] قِبَلِ المُتَبرِّعِ وهو الموصي لأنّه مَيّتٌ وكذلك القبضُ شرطُ جوازِ الصّدَقةِ لا يُمْلَكُ قبلَ القبضِ عند عامّةِ العُلَماءِ.

وقال ابنُ أبي ليلى وغيرُه من أهلِ الكوفةِ ليس بشرطٍ وتَجوزُ الصّدَقةُ إذا أُعْلِمَتْ [(٤)] وإنْ لم تُقْبَضْ ولا تَجوزُ الهبةُ ولا النّحْلى إلاّ مقبوضةً [(٥)] واحتَجّوا بما رويَ عن سَيِّدنا عُمَرَ وسَيِّدنا عَليٍّ رضي الله عنهما قالا إذا عُلِمَتِ الصّدَقةُ جازَتْ من غيرِ شرطِ القبضِ.

(ولَنا) ما رُوِيَ عن رَسُولِ الله ﷺ أنّه قال خَبرًا عن الله سبحانه وتعالى «**يا ابنَ آدمَ تَقُولُ مالِي مالي وليس لك من مالِكَ إلّا ما أكَلْت فأفنَيتَ أو لَبِستَ فأبليتَ أو تَصدَّقْتَ فأبقَيتَ** [(٦)]» [(٧)] اعتَبَرَ الله سبحانه وتعالى الإمضاءَ في الصّدَقةِ والإمضاءُ هو التّسْليمُ دَلَّ أنّه شرطٌ.

ورُوِيَ عن سَيِّدنا أبي بَكْرٍ وسَيِّدنا عُمَرَ وابنِ عَبّاسٍ ومُعاذِ بنِ جَبَلٍ رضي الله عنهم أنّهم قالوا: لا تَتِمُّ الصّدَقةُ إلاّ بالقبضِ [(٨)] ولأنّ التّصَدُّقَ عقدُ تَبرُّعٍ فلا يُفيدُ الحُكْمَ بنفسِه كالهبةِ.

---

(١) أورده ابن عبد البر في التمهيد (٧/ ٢٣٩) من قول أبي بكر وعمر وعثمان اتفاقًا، وانظر كتاب: الآثار لأبي يوسف (١/ ١٦٣)، برقم (٧٤٩، ٧٥٠).

(٢) في المخطوط: «موضوعها».

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) في المخطوط: «أعلمه».

(٥) في المخطوط: «مقسومة».

(٦) في المخطوط: «فأمضيت».

(٧) أخرجه مسلم، كتاب: الزهد والرقائق، برقم (٢٩٥٨)، والترمذي، كتاب: تفسير القرآن، باب: ومن سورة ألهاكم التكاثر، برقم (٣٣٥٤)، والنسائي، كتاب: الوصايا، باب: الكراهية في تأخير الوصية، برقم (٣٦١٣)، وأحمد، برقم (١٥٨٧٠)، وابن حبان (٨/ ١٢٠)، برقم (٣٣٢٧)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٣٥٨)، برقم (٧٩١٣)، والبيهقي في الكبرى (٤/ ٦١)، برقم (٦٨٩٣)، والطبراني في الأوسط (٣/ ١٨٩)، برقم (٢٨٨٨)، والطيالسي في مسنده (١/ ١٥٦)، برقم (١١٤٨)، وعبد بن حميد بنحوه في مسنده (١/ ١٨٣)، برقم (٥١٣) من حديث عبد الله بن الشخير رضي الله عنه.

(٨) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٩/ ١٢١)، وأورده ابن حجر في الفتح (٥/ ٣٨٤)، وابن عبد البر في التمهيد (٧/ ٢٤٠).

وما رويَ عن سَيِّدنا عُمَرَ وسَيِّدنا عَليٍّ رضي الله عنهما مَحْمولٌ على صَدَقةِ الأبِ على ابنِه الصّغيرِ وبه نَقولُ لا حاجةَ هناكَ إلى القبضِ حَمَلْناه على هذا تَوْفيقًا بين الدَّلائلِ صيانةً لها عن التّناقُضِ.

والثّاني شَرائطُ صِحّةِ القبضِ فأنْواعٌ:

منها: أنْ يكونَ القبضُ بإذنِ المالِكِ؛ لأنّ الإذنَ بالقبضِ شرطٌ لِصِحّةِ القبضِ في بابِ البيعِ حتى لو قَبَضَ المُشتري من غيرِ إذنِ البائعِ قبلَ نَقْدِ الثّمَنِ كان للبائعِ حَقُّ [٣/ ١٩٢أ] الاستِرْدادِ فلأنْ يكونَ في الهبةِ أولى؛ لأنّ البيعَ يَصِحُّ بدونِ القبضِ والهبةُ لا صِحّةَ لها (بدونِ القبضِ) (١) فلَمّا كان الإذنُ بالقبضِ شرطًا لَصِحَّتِه فيما لا يَتَوَقَّفُ صِحَّتُه على القبضِ فلأَنْ يكونَ شرطًا فيما يَتَوَقَّفُ صِحَّتُه على القبضِ أولى؛ ولأنّ القبضَ في بابِ الهبةِ يُشْبِه الرُّكْنَ وإنْ لم يَكُنْ رُكْنًا على الحقيقةِ فيُشْبِه القَبولَ في بابِ البيعِ ولا يجوزُ القَبولُ من غيرِ إذنِ البائعِ ورِضاه فلا يجوزُ القبضُ من غيرِ إذن الواهبِ أيضًا والإذنُ نوعانِ: صَريحٌ ودَلالةٌ.

أمّا الصّريحُ فنحوِ أنْ يقولَ اقْبِضْ أو أذِنْتُ لك بالقبضِ أو رَضيتُ وما يُجْرَى هذا المجرَى فيجوزُ قبضُه سَواءٌ قَبَضَه بحَضْرةِ الواهبِ أو بغيرِ حَضْرَتِه استحسانًا والقياسُ أنْ لا يجوزَ قبضُه بعدَ الافتِراقِ عن المجلِسِ وهو قولُ زُفَرَ رحمه الله؛ لأنّ القبضَ عندَه رُكْنٌ بمنزِلةِ القَبولِ على أحدِ قوليه فلا يَصِحُّ بعدَ الافتِراقِ عن المجلِسِ كما لا يَصِحُّ القَبولُ عندَه بعدَ الافتِراقِ وإنْ كان بإذنِ الواهبِ كالقَبولِ في بابِ البيعِ.

(وجه) الاستحسانِ ما رويَ أنّ رَسولَ الله ﷺ حُمِلَ إليه سِتُّ بَدَناتٍ فجَعَلْنَ يَزْدَلِفْنَ (٢) إليه فقامَ عليه الصلاة والسلام فنَحَرَهُنّ بيَدِه الشَّريفةِ وقال: «مَن شاء فليَقْطَعْ» (٣) وانصَرَفَ فقد أذِنَ لهم رَسولُ الله ﷺ بالقبضِ بعدَ الافتِراقِ حيث أذِنَ لهم بالقَطْعِ فدَلَّ على جوازِ القبضِ واعتِبارِه بعدَ الافتِراقِ ولأنّ الإذنَ بقبضِ الموهوب صَريحًا

---

(١) في المخطوط: «بدونه». (٢) في المخطوط: «يردهن».

(٣) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: المناسك، باب: في الهدي إذا عطب قبل أن يبلغ، برقم (١٧٦٥)، وأحمد، برقم (١٨٥٩٦)، وابن خزيمة (٤/ ٢٩٤)، برقم (٢٩١٧)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٢٤٦)، برقم (٧٥٢٢) من حديث عبد الله بن قرط رضي الله عنه، انظر إرواء الغليل للألباني (١٩٥٨).

بمنزلةِ إذنِ البائعِ بقبضِ المَبيعِ وذلك يعملُ بعدَ الافْتِراقِ كذا هذا.

(وأمّا) الدَّلالةُ فهي أنْ يَقْبِضَ الموهوبُ له العَيْنَ في المجلِسِ ولا يَنْهاه الواهبُ فيجوزُ قبضُه استحسانًا والقياسُ أنْ لا يجوزَ كما لا يجوزُ بعدَ الافْتِراقِ وهو قولُ زُفَرَ وقد ذَكَرْنا القياسَ والاستحسانَ في الزّياداتِ.

ولو قَبَضَ المُشتري المَبيعَ بيعًا جائزًا بحَضْرةِ البائعِ قبلَ نَقْدِ الثَّمَنِ (لم يجُزْ قبضُه)[1] قياسًا واستحسانًا حتى كان له أنْ يُسْتَرَدَّ[2] وفي البيعِ الفاسدِ اختِلافُ رِوايَتي[3] الكَرْخيِّ والطَّحاويِّ رحمهما الله ذَكَرْناهما في البيوعِ.

(وجه) القياس أنّ القبضَ رُكْنٌ في الهبةِ كالقَبولِ فيها فلا يجوزُ من غيرِ إذنٍ كالقَبولِ من بابِ البيعِ.

(وجه) الاستحسانِ أنّ الإذنَ بالقبضِ وُجِدَ من طريقِ الدَّلالةِ؛ لأنّ الإقدامَ على إيجابِ الهبةِ إذنٌ بالقبضِ لأنّه دَليلُ قَصْدِ التّمليكِ ولا ثُبوتَ للمِلْكِ إلاّ بالقبضِ فكان الإقدامُ على الإيجابِ إذنًا بالقبضِ دَلالةً والثّابِتُ دَلالةً كالثّابِتِ نَصًّا بخلافِ ما بعدَ الافْتِراقِ؛ لأنّ الإقدامَ دَلالةُ الإذنِ بالقبضِ في المجلِسِ لا بعدَ الافْتِراقِ ولأنّ للقبضِ في بابِ الهبةِ شَبَهًا بالرُّكْنِ فيُشْبِه القَبولَ في بابِ البيعِ وإيجابُ البيعِ يكونُ إذنًا بالقَبولِ في المجلِسِ لا بعدَ الافْتِراقِ فكذا إيجابُ الهبةِ يكونُ إذنًا بالقبضِ في المجلس لا بعدَ الافْتِراقِ.

ولو وهَبَ شيئًا مُتَّصِلاً بغيرِه (مِمّا لا تَقَعُ)[4] عليه الهبةُ كالثّمَرِ المُعَلَّقِ على الشّجرِ دونَ الشّجرِ أو الشّجرِ دونَ الأرضِ أو حِلْيةِ السَّيْفِ دونَ السَّيْفِ أو القَفيزِ من الصُّبْرةِ أو الصّوفِ على ظَهْرِ الغَنَمِ وغيرُ ذلك مِمّا لا جوازَ للهبةِ فيه إلاّ بالفصلِ والقبضِ ففَصَلَ وقَبَضَ.

فإنْ قَبَضَ بغيرِ إذنِ الواهبِ لم يجُزِ القبضُ سَواءٌ كان الفصلُ والقبضُ بحَضْرةِ الواهبِ أو بغيرِ حَضْرَتِه ولأنّ الجوازَ في المُنْفَصِلِ عند حَضْرةِ الواهبِ للإذنِ الثّابِتِ دَلالةَ الإيجابِ ولم يوجَدْ ههنا؛ لأنّ الإيجابَ لم يَقَعْ صَحيحًا حينَ[5] وُجودِه فلا يَصِحُّ الاستِدْلال[6]

---

(١) في المخطوط: «يجوز».
(٢) في المخطوط: «يسترده».
(٣) في المخطوط: «رواية».
(٤) في المخطوط: «لم يقع».
(٥) في المخطوط: «عند».
(٦) في المخطوط: «للاستدلال».

على الإذنِ بالقبضِ وإنْ قَبَضَ بإذنِه يجوزُ استحسانًا والقياسُ أنْ لا يجوزَ وهو قولُ زُفَرَ بناءً على أنّ العقدَ إذا وقَعَ فاسدًا من حينِ وُجودِه لا يحتملُ الجوازَ عندَه بحالٍ لاستِحالةِ انقِلابِ الفاسدِ جائزًا وعندَنا يحتملُ الجوازَ بإسقاطِ المُفسِدِ مقصورًا على الحالِ أو من حينِ وُجودِ العقدِ بطريقِ البيانِ على اختِلافِ الطَّريقَيْنِ اللَّذَيْنِ ذَكَرْناهما في كِتابِ البيعِ [1] وكذلك إذا وهَبَ دَيْنًا له على إنسانٍ لآخرَ أنّه إنْ قَبَضَ الموهوبُ له بإذنِ الواهبِ صَريحًا جازَ قبضُه استحسانًا والقياسُ أنْ لا يجوزَ وقد ذَكَرْنا وجهَ القياس والاستحسانِ فيما تَقَدَّمَ وإنْ قَبَضَه بحَضْرَتِه ولم يَنْهَه عن ذلك [٣/ ١٩٢ب] لا يجوزُ قياسًا واستحسانًا فرَّقَ بين العَيْنِ و[بين] [2] الدَّيْنِ.

(ووجه) الفرْقِ أنّ الجوازَ في هبةِ العَيْنِ عند عَدَمِ التّصْريحِ بالإذنِ لِكَوْنِ الإيجابِ فيها دَلالةَ الإذنِ بالقبضِ لِكَوْنِ دَلالةِ قَصْدِه تمليكُ ما هو مِلْكه من الموهوبِ له وإيجابُ الهبةِ في الدَّيْنِ [3] لِغيرِ من عليه الدَّيْنُ لا تَصِحُّ [4] دَلالةُ الإذنِ إلاّ بقبضِه؛ لأنّ دَلالَته بواسطةِ دَلالةِ قَصْدِ التّمليكِ وتمليكُ الدَّيْنِ من غيرِ مَنْ عليه الدَّيْنُ لا يَتَحَقَّقُ إلاّ بالتّصْريحِ بالإذنِ بالقبضِ لأنّه إذا أذِنَ له بالقبضِ صَريحًا قامَ قبضُه مَقامَ قبضِ الواهبِ فيَصيرُ بقبضِ العَيْنِ قابِضًا للواهبِ أوّلاً ويَصيرُ المقبوضُ مِلْكًا له أوّلاً ثم يَصيرُ قابِضًا لِنفسِه من الواهبِ فيَصيرُ الواهبُ على هذا التّقْديرِ الذي ذَكَرْنا واهبًا مِلْكَ نفسِه والموهوبُ له قابِضًا مِلْكَ الواهبِ فصَحَّتِ الهبةُ والقبضُ وإذا لم يُصَرِّحْ بالإذنِ بالقبضِ بَقيَ المقبوضُ من المالِ العَيْن على مِلْكِ مَنْ عليه الدين فلم تَصِحَّ الهبةُ [5] فيه، فلا يجوزُ قبضُ الموهوبِ له فهو [6] الفرْقُ بين الفصلينِ.

ومنها أنْ لا يكونَ الموهوبُ مشغولاً بما ليس بموهوبٍ؛ لأنّ معنى القبضِ وهو التّمكُّنُ من التّصَرُّفِ في المقبوضِ لا يَتَحَقَّقُ مع الشَّغْلِ وعلى هذا يخرجُ ما إذا وهَبَ دارًا فيها مَتاعَ الواهبِ وسَلَّمَ الدّارَ إليه أو سَلَّمَ الدّارَ مع ما فيها من المَتاعِ فإنّه لا يجوزُ؛ لأنّ الفراغَ شرطُ صِحّةِ التّسْليمِ والقبضِ ولم يوجَدْ.

---

(١) في المخطوط: «البيوع».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «العين».
(٤) في المخطوط: «تصلح».
(٥) في المخطوط: «هبته».
(٦) في المخطوط: «فهذا».

(قيلَ الحيلةُ) [١] في صِحّةِ التّسْليمِ أنْ يودِعَ الواهبُ المَتاعَ عند الموهوبِ له (أوّلاً و) [٢] يُخلِّي بينه وبين المَتاعِ ثم يُسَلِّمُ الدّارَ إليه فتَجوزُ الهبةُ فيها لأنّها مشغولةٌ بمَتاعٍ [هو] [٣] في يَدِ الموهوبِ له وفي هذِه الحيلةِ إشْكالٌ وهو أنّ يَدَ المودِعِ يَدُ المودَعِ معنىً فكانت يَدُه قائمةً على المَتاعِ فتمنَعُ صِحّةَ التّسْليمِ.

ولو أخرَجَ المَتاعَ من الدّارِ ثم سَلَّمَ فارِغًا جازَ ويَنْظُرُ إلى حالِ القبضِ لا إلى حالِ العقدِ؛ لأنّ المانِعَ من النّفاذِ قد زالَ فيَنْفُذُ كما في هبةِ المُشاعِ.

ولو وهَبَ ما فيها من المَتاعِ دونَ الدّارِ وخَلَّى بينه وبين المَتاعِ جازَتِ الهبةُ؛ لأنّ المَتاعَ لا يكونُ مشغولاً بالدّارِ والدّارُ تكونُ مشغولةً بالمَتاعِ لِهذا افْترَقا فيَصِحُّ تسليمُ المَتاعِ ولا يَصِحُّ تسليمُ الدّارِ.

ولو جَمع في الهبةِ بين المَتاعِ وبين الدّارِ الذي فيها فوَهَبَهما جميعًا صَفْقةً واحدةً وخَلَّى بينه وبينهما جازَتِ الهبةُ فيهما جميعًا؛ لأنّ التّسْليمَ قد صَحَّ فيهما جميعًا فإنْ فرَّقَ بينهما في الهبةِ بأنْ وهَبَ أحدَهما ثم وهَبَ الآخَرَ فهذا لا يخلو إمّا أنْ جمع بينهما في التّسْليمِ وإمّا إنْ فرَّقَ فإنْ جَمع جازَتِ الهبةُ فيهما جميعًا وإنْ فرَّقَ بأنْ وهَبَ أحدَهما وسَلَّمَ ثم وهَبَ الآخَرَ وسَلَّمَ نَظَرَ في ذلك وروعيَ فيه التّرْتيبُ إنْ قَدَّمَ هبةَ الدّارِ فالهبةُ في الدّارِ لم تَجُز لأنّها مشغولةٌ بالمَتاعِ فلم يَصِحَّ تسليمُ الدّارِ وجازَتْ في المَتاعِ لأنّه غيرُ مشغولٍ بالدّارِ فيَصِحُّ تسليمُه ولو قَدَّمَ هبةَ المَتاعِ جازَت الهبةُ فيهما جميعًا.

أمّا في المَتاعِ فلأنّه غيرُ مشغولٍ بالدّارِ فيَصِحُّ تسليمُه وأمّا في الدّارِ فلأنّها وقتَ التّسْليمِ كانت مشغولةً بمَتاعٍ هو مِلْكُ الموهوبِ فلا يَمْنَعُ صِحّةَ القبضِ.

وعلى هذا الأصلِ أيضًا يخرجُ ما إذا وهَبَ جاريةً واستَثْنَى ما في بَطْنِها أو حَيَوانًا واستَثْنَى ما في بَطْنِه أنّه لا يجوزُ لأنّه لو جازَ لَكان ذلك هبةَ ما هو مشغولٌ بغيرِه وإنّها غيرُ جائزةٍ لأنّه لا جوازَ لها بدونِ القبضِ وكَوْنُ الموهوبِ مشغولاً بغيرِه يَمْنَعُ صِحّةَ القبضِ.

ولو أعتَقَ [بعض] [٤] ما في بَطْنِ جاريَتِه [٥] ثم وهَبَ الأُمَّ يجوزُ وذَكَرَ في العَتاقِ أنّه لو

---

(١) في المخطوط: «قبل والحيلة».
(٢) في المخطوط: «أي».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «جارية».

دَبَّرَ ما في بَطْنِ جاريَتِه لا يجوزُ منهم مَنْ قال في المسألةِ رِوايَتانِ وجه رِوايةِ عَدَمِ الجوازِ أنّ الموهوبَ مشغولٌ بما ليس بموهوبٍ فأشبَهَ هبةَ دارٍ فيها مَتاعُ الواهبِ.

(وجه) رِوايةِ الجوازِ وهي رِوايةُ الكَرْخيِّ أنّ حُرّيّةَ الجنينِ تَجْعَلُه مُسْتَثْنَى من العقدِ؛ لأنّ حُكْمَ العقدِ لم يَثْبُتْ فيه مع تَناوُلِه إيّاه ظاهرًا وهذا معنى الاستِثْناءُ ولو استَثْناه لَفْظًا جازَتِ الهبةُ في الأُمِّ فكذا إذا كان مُسْتَثْنَى في [1] المعنى.

ومنهم مَنْ قال في المسألةِ رِوايةٌ واحدةٌ وفرَّقَ بين الإعتاقِ والتّدْبيرِ.

(ووجه) [٣/ ١٩٣أ] الفرْقِ أنّ المُدَبَّرَ مالُ المولى فإذا وهَبَ الأُمَّ فقد وهَبَ ما هو مشغولٌ بمالِ الواهبِ فلم يجُزْ كهبةِ دارٍ فيها مَتاعُ الواهبِ وأمّا الحُرُّ فليس بمالٍ فصارَ كما لو وهَبَ دارًا فيها حُرٌّ جالِسٌ وذا لا يَمْنَعُ جوازَ الهبةِ كذا هذا.

ومنها أنْ لا يكونَ الموهوبُ مُتَّصِلاً بما ليس بموهوبٍ اتِّصالَ الأجزاءِ؛ لأنّ قبضَ الموهوبِ وحْدَه لا يُتَصَوّرُ وغيرُه ليس بموهوبٍ فكان هذا في معنى المُشاعِ وعلى هذا يخرجُ ما إذا وهَبَ أرضًا فيها زَرْعٌ دونَ الزَّرْعِ أو شَجَرًا عليها ثَمَرٌ دونَ الثَّمَرِ أو وهَبَ الزَّرْعَ دونَ الأرضِ أو الثّمَرَ دونَ الشّجرِ وخَلَّى بينه وبين الموهوبِ [له] [2] أنّه لا يجوزُ؛ لأنّ الموهوبَ مُتَّصِلٌ بما ليس بموهوبِ اتِّصالِ جُزْءٍ (بجُزْءٍ فمَنَعَ) [3] صِحّةَ القبضِ.

ولو جَذَّ الثّمَرَ وحَصَدَ الزَّرْعَ ثم سَلَّمَه فارِغًا جازَ؛ لأنّ المانِعَ من النّفاذِ وهو ثُبوتُ [4] المِلْكِ قد زالَ.

ولو جَمع بينهما في الهبةِ فوَهَبَهما جميعًا وسَلَّمَ مُتَفَرِّقًا جازَ ولو فرَّقَ بينهما في الهبةِ فوَهَبَ كُلَّ واحدٍ منهما بعقدٍ على حِدةٍ بأنْ وهَبَ الأرضَ ثم الزَّرْعَ أو الزَّرْعَ ثم الأرضَ فإنْ جَمع بينهما في التّسْليمِ جازَتِ الهبةُ فيهما جميعًا وإنْ فرَّقَ لا تَجوزُ الهبةُ فيهما جميعًا قَدَّمَ أو أَخَّرَ سَواءٌ بخلافِ الفصلِ الأوّلِ؛ لأنّ المانِعَ من صِحّةِ القبضِ هنا الاتّصالُ وأنّه لا يختَلِفُ والمانِعُ هناك الشّغْلُ وأنّه يختَلِفُ.

نَظيرَ هذا ما إذا وهَبَ نصفَ الدّارِ مُشاعًا من رجلٍ ولم يُسَلِّمْ إليه حتى وهَبَ النِّصْفَ الباقي منه وسَلَّمَ الكُلَّ أنّه يجوزُ.

---

(١) في المخطوط: «من حيث».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «فيمنع».

(٤) في المخطوط: «تفويت».

ولو وهَبَ النِّصْفَ وسَلَّمَ ثم وهَبَ الباقي وسَلَّمَ لا يجوزُ كذا هذا وعلى هذا يخرجُ ما إذا وهَبَ صوفًا على ظَهْرِ غَنَمٍ أنّه لا يجوزُ؛ لأنّ الموهوبَ مُتَّصِلٌ بما ليس بموهوبٍ وهذا يَمْنَعُ صِحّةَ القبضِ ولو جَزَّه وسَلَّمَه جازَ لِزَوالِ المانِعِ واللَّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

وعلى هذا إذا وهَبَ دابّةً وعليها حِمْلٌ بدونِ الحِمْلِ لا تَجوزُ ولو رَفَعَ الحمْلَ عنها (١) وسَلَّمَها فارِغًا جازَ لِما قُلْنا بخلافِ هبةِ ما في بَطْنِ جاريَتِه أو ما في بَطْنِ غَنَمِه أو ما في ضرْعِها أو هبةِ سَمْنٍ في لَبَنٍ أو دُهْنٍ في سِمْسِمٍ أو زَيْتٍ في زَيْتونٍ أو دَقيقٍ في حِنْطةٍ أنّه يَبْطُلُ.

وإنْ سَلَّطَه على قبضِه عند الولادة أو عند استِخْراج ذلك؛ لأنّ الموهوبَ هناك ليس مَحَلَّ العقدِ لِكَوْنِه مَعْدومًا على ما ذكرنا فيما تقدم لِهذا لم يَجُزْ بيعُها فلا تَجوزُ هبَتُها وهنا بخلافِه على ما ذكرناه فيما تَقَدَّمَ.

ومنها أهليّةُ القبضِ وهي العَقْلُ فلا يجوزُ قبضُ المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يَعْقِلُ وأمّا البلوغُ فليس بشرطٍ لِصِحّةِ القبضِ استحسانًا فيجوزُ قبضُ الصّبيِّ العاقِلِ ما وهَبَ له والقياسُ أنْ يكونَ شرطًا ولا يجوزُ قبضُ الصّبيِّ وإنْ كان عاقِلًا.

(وجه) القياس أنّ القبضَ من بابِ الوِلايةِ ولا وِلايةَ له على نفسِه فلا يجوزُ قبضُه في الهبةِ كما لا يجوزُ في البيعِ.

(وجه) الاستحسانِ أنّ قبضَ الهبةِ من التّصَرُّفاتِ النّافعةِ المَحْضةِ فيَمْلِكُه الصّبيُّ العاقِلُ كما يَمْلِكُ وليُّه ومَنْ هو في عيالِه وكذا الصّبيّةُ إذا عَقَلَتْ جازَ قبضُها لِما قُلْنا.

وكذلك الحُرّيّةُ ليستْ بشرطٍ فيجوزُ قبضُ العبدِ المَحْجورِ [عليه] (٢) إذا وُهِبَ له هبةٌ ولا يجوز قبضُ المولى عنه سَواءٌ كان على (العبدِ دَيْنٌ أو لا) (٣) فالقبضُ إلى العبدِ والمِلْكُ للمولى في المقبوضِ؛ لأنّ القبضَ من حُقوقِ العقدِ والعقدُ وقَعَ للعبدِ فكان القبضُ إليه ولأنّ الأصلَ في بَني آدَمَ هو الحُرّيّةُ والرِّقُّ لِعارِضٍ فكان الأصلُ فيهم إطْلاقَ (٤) التّصَرُّفِ لهم والانحِجارَ لِعارِضِ الرِّقِّ عن التّصَرُّفِ يَتَضَمَّنُ الضَّرَرَ بالمولى

---

(١) في المخطوط: «منها».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «المولى دين أو لم يكن».
(٤) في المخطوط: «أهلية».

ولم يوجَدْ فبقيَ فيه على أصلِ الحُرّيّةِ والمقبوضُ من كسْب [العبدِ] (١) وكَسْبُ العبدِ القِنِّ للمولى وكذلك المُكاتَبُ إذا وُهبَ له هبةٌ فالقبضُ إليه ولا يجوزُ قبضُ المولى عنه لِما قُلْنا في القِنِّ فإذا قَبَضَ المُكاتَبُ فهو أحَقُّ به فلا يَمْلِكُه المولى؛ لأنّ الهبةَ كسْبُه والمُكاتَبُ أحَقُّ باكتِسابه (٢).

ومنها الوِلايةُ في أحدِ نوعَيِ القبضِ وجُمْلةُ الكَلامِ فيه أنّ القبضَ نوعانِ:

قبضٌ بطريقِ الأصالةِ وقبضٌ بطريقِ النّيابةِ.

(أمّا) القبضُ بطريقِ الأصالةِ فهو أنْ يَقْبِضَ بنفسِه لِنفسِه وشرطُ جوازِه العَقْلَ فقَطْ على ما بيَّنّا.

(وأمّا) القبضُ بطريقِ النّيابةِ فالنّيابةُ في القبضِ نوعانِ نوعٌ يرجعُ إلى القابِضِ ونوعٌ يرجعُ إلى نفسِ [٣/ ١٩٣ب] القبضِ.

أمّا الأوّلُ الذي يرجعُ إلى القابِضِ فهو القبضُ لِلصَّبيِّ وشرطُ جوازِه الوِلايةِ بالحجرِ (٣) والعَيْلةِ عند عَدَمِ الوِلايةِ فيَقْبِضُ لِلصَّبيِّ وليُّه أو مَنْ كان الصّبيُّ في حِجْرِه وعيالِه عند عَدَمِ الوليِّ (٤) فيَقْبِضُ له أبوه ثم وصيُّ أبيه بعدَه ثم جَدُّه أبو أبيه [بعدَ أبيه] (٥) ووَصيُّه ثم وصيُّ جَدِّه بعدَه سَواءٌ كان الصّبيُّ في عيالِ هَؤُلاءِ أو لم يَكُنْ فيجوزُ قبضُهم على هذا التّرْتيبِ حالَ حَضْرَتِهم؛ لأنّ لِهَؤُلاءِ وِلايةٌ عليهم (٦) فيجوزُ قبضُهم له وإذا غابَ أحدُهم غَيْبَةً مُنْقَطِعةً جازَ قبضُ الذي يَتْلوه في الوِلايةِ؛ لأنّ التّأخيرَ إلى قُدومِ الغائبِ تفويتُ المَنْفَعةِ على الصّغيرِ فتَنْتَقِلُ الوِلايةُ إلى مَنْ يَتْلوه وإنْ كان دونَه كما في وِلايةِ الإنْكاحِ ولا يجوزُ قبضُ غيرِ هَؤُلاءِ الأربَعةِ مع وُجودِ واحد منهم سَواءٌ كان الصّبيُّ في عيالِ القابِضِ أو لم يَكُنْ وسَواءٌ كان ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه كالأخِ والعَمِّ والأُمِّ ونحوِهم أو أجنَبيًّا لأنّه ليس لِغيرِ هَؤُلاءِ وِلايةُ التّصَرُّفِ في مالِ الصّبيِّ فقيامُ وِلاية التّصَرُّفِ لهم تمنَعُ ثُبوتَ حَقِّ القبضِ لِغيرِهم فإنْ لم يَكُنْ أحدٌ من هَؤُلاءِ الأربَعةِ جازَ قبضُ من كان الصّبيُّ في حِجْرِه وعيالِه استحسانًا والقياسُ أنْ لا يجوزَ لِعَدَمِ (٧) الوِلايةِ.

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «بأكسابه».
(٣) في المخطوط: «والحجر».
(٤) في المخطوط: «الولاية».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «عليه».
(٧) في المخطوط: «لفقد».

ولا يجوزُ قبضُ مَنْ لم يَكُنْ في عيالِه أجنبيًّا كان أو ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه قياسًا واستحسانًا وإنّما كان كذلك؛ لأنّ الذي [هو] (١) في عيالِه له عليه ضَرْبُ وِلايةٍ.

ألا تَرَى أنّه يُؤَدِّبُه ويُسَلِّمُه في الصّنائعِ التي لِلصَّبيِّ فيها مَنْفَعةٌ ولِلصَّبيِّ في قبضِ الهبةِ مَنْفَعةٌ مَحْضةٌ فقيامُ هذا القدرِ من الوِلايةِ يَكْفي لِتَصَرُّفٍ فيه مَنْفَعةٌ مَحْضةٌ لِلصَّبيِّ.

وأمّا مَنْ ليس في عيالِه فلا وِلايةَ له عليه أصلاً فلا يجوزُ قبضُه له كالأجنبيِّ والقبضُ (٢) لِلصَّبيّةِ إذا عَقَلَتْ ولها زَوْجٌ قد دَخَلَ بها زَوْجها أيضًا استحسانًا لأنّها في عيالِه لَكِنْ هذا إذا لم يَكُنْ أحدٌ (٣) من هَؤُلاءِ فأمّا عند وُجود واحدٍ منهم فلا يجوزُ قبضُ الزَّوْجِ كذا ذَكَرَه الحاكِمُ الجليلُ في مُخْتَصَرِه.

وأمّا الثّاني الذي يرجعُ إلى نفسِ القبضِ فهو أنّ القبضَ الموجودَ في (٤) الهبةِ يَنوبُ عن قبضِ الهبةِ سَواءٌ كان الموجودُ وقتَ العقدِ مثلَ قبضِ الهبةِ أو أقوَى منه لأنّه إذا كان مثلَه أمكَنَ تَحْقيقَ التّناوُبِ إذِ (المُتَماثِلانِ غيرانِ يَنوبُ) (٥) كُلُّ واحدٍ منهما مَقامَ (٦) صاحبه ويَسُدُّ مَسَدَّه فتُثْبِتُ المُناوَبةُ مُقْتَضَى المُماثَلةِ وإذا كان أقوَى منه يوجَدُ فيه المُسْتَحَقُّ [فيه] (٧) وزيادةٌ.

وبيانُ هذا في مَسائلَ إذا كان الموهوبُ في يَدِ الموهوبِ له وديعةً أو عاريّةً فوَهَبَ منه جازَتِ الهبةُ وصارَ قابِضًا بنفسِ العقدِ ووَقَعَ العقدُ والقبضُ مَعًا ولا يَحْتاجُ إلى تَجْديدِ القبضِ بعدَ العقدِ استحسانًا والقياسُ أنْ لا يَصيرَ قابِضًا ما لم يُجَدِّدِ القبضَ وهو أنْ يُخَلِّيَ بين نفسِه وبين الموهوبِ بعدَ العقدِ.

وجه القياس: أنّ يَدَ المودِعِ إنْ كانت يَدُه صورةً فهي يَدُ المودَعِ معنًى فكان المالُ في يَدِه [معنى] (٨) فصارَ كأنّه وهَبَ له ما في يَدِه فلا بُدَّ من القبضِ بالتّخْليةِ.

وجه الاستحسان: أنّ القبضَيْنِ مُتَماثِلانِ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما قبضٌ غيرُ مضمونٍ إذِ الهبةُ عقدُ تَبَرُّعٍ وكذا عقدُ الوديعةِ والعاريّةِ (فتَماثَلَ القابِضانِ) (٩) فيَتَناوَبانِ ضرورةً بخلافِ بيعِ

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «ويقبض».
(٣) في المخطوط: «واحد».
(٤) في المخطوط: «وقت».
(٥) في المخطوط: «المماثلات يضرب».
(٦) في المخطوط: «مناب».
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) زيادة من المخطوط.
(٩) في المخطوط: «فيتماثل القبضان».

الوديعةِ والعاريّةِ من المودِعِ والمُسْتَعيرِ لأنّ [١] قَبْضَهما لا يَنوبُ عن قبضِ البيعِ لأنّ [٢] قبضَ [الهبةِ] [٣] أمانةٌ وقبضَ البيعِ قبضُ ضَمانٍ فلم يَتَماثَلِ القبضانِ بل الموجودُ أدْنَى من المُسْتَحَقِّ فلم يَتَناوَبا.

ولو كان الموهوبُ في يَدِه مَغْصوبًا أو مقبوضًا ببيعٍ فاسدٍ أو مقبوضًا على سَوْمِ الشِّراءِ فكذا [٤] يَنوبُ ذلك عن قبضِ الهبةِ لِوُجودِ المُسْتَحَقِّ بالعقدِ وهو أصلُ القبضِ وزيادةُ ضَمانٍ.

ولو كان الموهوبُ مَرْهونًا في يَدِه ذَكَرَ في الجامِعِ أنّه يَصيرُ قابِضًا ويَنوبُ قبضُ الرَّهْنِ عن قبضِ الهبةِ؛ لأنّ قبضَ الهبةِ قبضُ أمانةٍ وقبضَ الرَّهْنِ في حَقّ العَيْنِ قبضُ أمانةٍ أيضًا فيَتَماثلانِ فنابَ [٥] أحدُهما عن الآخَرِ ولَئِنْ كان قبضُ الرَّهْنِ قبضَ ضَمانٍ فقبضُ الضَّمانِ أقْوَى من قبضِ الأمانةِ والأقوَى [٦] يَنوبُ عن الأدْنَى لِوُجودِ الأدْنَى فيه وزيادةٌ وإذا صَحَّتِ الهبةُ بالقبضِ [٣/ ١٩٤أ] بَطَلَ الرَّهْنُ ويرجعُ المُرْتَهِنُ بدَيْنِه على الرّاهنِ.

وذَكَرَ الكَرْخيُّ أنّه لا يَصيرُ قابِضًا حتى يُجَدِّدَ القبضَ بعدَ عقدِ الهبةِ؛ لأنّ قبضَ الرَّهْنِ وإنْ كان قبضُ ضَمانٍ لَكِنْ هذا ضَمانٌ لا تَصِحُّ البَراءةُ منه فلا يحتملُ الإبْراءَ بالهبةِ لِيَصيرَ قبضَ أمانةٍ فيَتَجانَسُ القبضانِ فيَبْقَى قبضُ ضَمانٍ فاختَلَفَ القبضانِ فلا يَتَناوَبانِ بخلافِ المَغْصوبِ والمقبوضِ على سَوْمِ الشِّراءِ؛ لأنّ ذلك الضَّمانَ مِمّا تَصِحُّ البَراءةُ عنه فيَبْرَأُ عنه بالهبةِ ويَبْقَى قبضٌ بغيرِ ضَمانٍ فتَماثَلَ القابِضانِ فيَتَناوَبانِ [٧].

ولو كان مَبيعًا قبلَ القبضِ فوَهَبَ من البائعِ [جازَ ولَكِنْ] [٨] لا يكونُ هبةً بل يكونُ إقالةً حتى لا تَصِحَّ بدونِ قَبولِ البائعِ.

ولو باعه من البائعِ قبلَ القبضِ لا يُجْعَلُ إقالةً بل يَبْطُلُ أصلاً ورَأسًا والفرْقُ بينهما ما ذَكَرْنا في كِتابِ البيوعِ.

ولو نَحَلَ ابنَه الصَّغيرَ شيئًا جازَ ويَصيرُ قابِضًا له مع العقدِ كما إذا باع مالَه [٩] منه حتى

---

(١) في المخطوط: «أن».
(٢) في المخطوط: «لأنه».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «فكذلك».
(٥) في المخطوط: «فينوب».
(٦) في المخطوط: «والأعلى».
(٧) في المخطوط: «فتناوبا».
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) في المخطوط: «ملكه».

لو هَلك عَقيبَ البيعِ يَهْلَكُ من مالِ الابنِ (١) لِصَيْرورَتِه قابِضًا لِلصَّغيرِ مع العقدِ ويَنْبَغي لِلرّجلِ أنْ يَعْدِلَ بين أولادِه في النّحْلى لِقولِه سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ﴾ [النحل: ٩٠].

وأمّا كيْفيّةُ العَدْلِ بينهم فقد قال أبو يوسفَ: العَدْلُ في ذلك أنْ يُسَوّيَ بينهم في العَطيّةِ ولا يُفَضِّلَ الذَّكَرَ على الأُنْثى.

وقال محمدٌ: العَدْلُ بينهم أنْ يُعْطيَهم على سَبيلِ [التّرْتيبِ في] (٢) المَواريثِ لِلذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ.

كذا ذَكَرَ القاضي الاختِلافَ بينهما في شرحِ مُخْتَصَرِ الطَّحاويِّ.

وذَكَرَ محمدٌ في المُوطّإ: يَنْبَغي لِلرّجلِ أنْ يُسَوّيَ بين ولَدِه في النُّحْلِ (٣) ولا يُفَضِّلَ بعضَهم على بعضٍ وظاهرُ هذا يَقْتَضي أنْ يكونَ قولُه مع قولِ أبي يوسفَ وهو الصّحيحُ لِما رويَ أنّ (٤) بَشيرًا أبا النُّعْمانِ أتى بالنُّعْمانِ إلى رَسولِ الله ﷺ فقال: إنّي نَحَلْتُ ابني هذا غُلامًا كان لي فقال له رَسولُ الله ﷺ: «أكلَ ولَدِكَ نَحَلْتَه مثلَ هذا؟» فقال: لا. فقال النّبيُّ ﷺ: «فارجِعه» (٥) وهذا إشارةٌ أن إلى العَدْلِ بين الأولادِ في النُّحْلةِ وهو التّسْويةُ بينهم ولأنّ في التّسْويةِ تأليفَ القُلوبِ والتّفْضيلُ يورِثُ الوحْشةَ بينهم فكانت التّسْويةُ أولى.

ولو نَحَلَ بعضًا وحَرَمَ بعضًا جازَ من طريقِ الحُكْمِ لأنّه تَصَرُّفٌ في خالصِ مِلْكِه لا حَقَّ لأحدٍ فيه إلاّ أنّه لا يكونُ عَدْلاً سَواءٌ كان المَحْرومُ فقيهًا تَقيًا أو جاهلاً فاسقًا على قولِ المُتَقَدِّمينَ من مَشايِخِنا وأمّا على قولِ المُتَأخِّرينَ منهم لا بَأسَ أنْ يُعْطيَ المُتَأدِّبينَ [منهم] (٦) والمُتَفَقِّهينَ دونَ الفَسَقةِ الفجَرةِ.

---

(١) في المخطوط: «الصغير».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «المحلة».
(٤) في المخطوط: «لأن».
(٥) أخرجه البخاري، كتاب: الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: الهبة للولد، برقم (٢٥٨٦)، ومسلم، كتاب: الهبات، باب: كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، برقم (١٦٢٣)، وأبو داود، كتاب: البيوع، باب: في الرجل يفضل بعض ولده في النحل، برقم (٣٥٤٢)، والنسائي، كتاب: النحل، برقم (٣٦٧٣)، وأحمد (بنحوه) برقم (١٧٩١١)، ومالك، كتاب: الأقضية، باب: ما لا يجوز من النحل، برقم (١٤٧٣)، وابن حبان (١١/ ٤٩٩)، برقم (٥١٠٠)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٧٦)، برقم (١١٧٧٢)، والطبراني في الأوسط (١/ ١٢١)، والشافعي في مسنده (١/ ١٧٤)، وعبد الرزاق في مصنفه بنحوه (٩/ ٩٦) من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه.
(٦) زيادة من المخطوط.

فصل في حكم الهبة

وَأمّا حُكْمُ الهبةِ فالكَلامُ فيه في ثلاثةِ مَواضِعَ:

في بيانِ أصلِ الحُكْمِ.

وفي بيانِ صِفَتِه.

وفي بيانِ ما يَرْفَعُ الحُكْمَ.

اما اصل الحكم: فهو ثُبوتُ المِلْكِ للموهوبِ له في الموهوبِ من غيرِ عِوَضٍ؛ لأنّ الهبةَ تمليكُ العَيْنِ من غيرِ عِوَضٍ فكان حُكْمُها مِلْكَ الموهوبِ (١) من غيرِ عِوَضٍ.

وأمّا صِفَتُه فقد اختَلَفَ فيها قال أصحابُنا هي ثُبوتُ مِلْكٍ غيرِ لازِمٍ في الأصلِ وللواهبِ أنْ يرجعَ في هبَتِه وإنّما يَثْبُتُ اللُّزومُ ويَمْتَنِعُ الرُّجوعُ بأسْبابٍ عارِضةٍ.

وقال الشافعيُ رحمه الله: الثّابِتُ بالهبةِ مِلْكٌ لازِمٌ في الأصلِ ولا يَثْبُتُ الرُّجوعُ إلاّ في هبةِ [الولَدِ] (٢) خاصّةً وهي هبةُ الوالِدِ لِوَلَدِه.

فنَقول:

يَقَعُ الكَلامُ في هذا الفصلِ في مَواضِعَ:

في بيانِ ثُبوتِ حَقِّ الرُّجوعِ في (٣) الهبةِ.

وفي بيانِ شَرائطِ صِحّةِ الرُّجوعِ بعدَ ثُبوتِ الحقِّ.

وفي بيانِ العَوارِضِ المانِعةِ من الرُّجوعِ في الهبة.

وفي بيانِ ماهيّةِ الرُّجوعِ وحُكْمِه شرعًا.

أمّا (ثُبوتُ حَقِّ الرُّجوعِ) (٤) فحَقُّ الرُّجوعِ في الهبةِ ثابِتٌ عندَنا خلافًا لِلشّافعيِّ رحمه الله احتجَّ [الشافعى] (٥) بما رُوِيَ عن رَسُولِ الله ﷺ أنّه قال: «لا يَحِلُّ لِواهبٍ أنْ يرجعَ في هبَتِه إلّا فيما يَهَبُ الوالِدُ لِوَلَدِه» (٦) وهذا نَصٌّ في مسألةِ هبةِ الأجنَبيِّ والوالِدِ.

---

(١) في المخطوط: «العين».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «و».

(٤) في المخطوط: «الأول».

(٥) زيادة من المخطوط.

(٦) انظر كلام ابن حجر في الفتح (٥/ ٢٣٥)، وكلام المباركفوري في تحفة الأحوذي (٤/ ٤٣٥)،

ورُوِيَ عن رَسُولِ الله ﷺ أنّه قال: «العائدُ فِي هبَتِه كالعائدِ فِي قَيْئِهِ» [(١)] والعَوْدُ في القَيْءِ حَرامٌ كذا في الهبةِ ولأنّ الأصلَ في العُقودِ هو اللُّزومُ والامتِناعُ بعارِضِ خَلَلٌ في المقصودِ ولم يوجَدْ؛ لأنّ المقصودَ من الهبةِ اكتِسابُ الصّيتِ بإظهارِ الجودِ والسَّخاءِ لا طَلَبُ العِوَضِ فمَنْ طَلَبَ منهما [(٢)] العِوَضَ فقد طَلَبَ من العقدِ [٣/ ١٩٤ب] ما لم يوضَعْ له فلا يُعْتَبَرُ طَلَبُه أصلاً.

ولَنا الكِتابُ والسُّنّةُ وإجماعُ الصّحابةِ رضي الله عنهم.

أمّا الكِتابُ العَزيزُ فقولُه تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا۟ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ﴾ [النساء :٨٦] والتّحيّةُ وإنْ كانت تُسْتَعْمَلُ في مَعانٍ من السَّلامِ [(٣)] والثّناءِ والهَديّةِ بالمالِ قال القائلُ [(٤)]:

تُحَيِّيهِمُ بيضُ الولائدِ بينهم

لَكِنِ الثّالِثُ تفسيرٌ [(٥)] مُرادٌ بقَرينةِ (من نفسٍ) [(٦)] الآيةِ الكَريمةِ وهي قوله تعالى: ﴿أَوْ رُدُّوهَآ﴾ [النساء :٨٦]؛ لأنّ الرَّدَّ إنّما يَتحقَّقُ في الأعيانِ لا في الأعراضِ لأنّه عِبارةٌ عن إعادةِ [(٧)] الشّيءِ وذا لا يُتَصَوّرُ في الأعراضِ والمُشترَكِ يَتَعَيَّنُ أحدُ وُجوهِه بالدَّليلِ.

وأمّا السُّنّةُ: فما رُوِيَ عن أبِي هُرَيْرةَ رضي الله عنه أنّه قال: قال رَسُولُ الله صَلَّى الله

والحديث أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/ ١٧٩)، برقم (١١٧٩٥)، والشافعي في مسنده (١/ ١٧٤)، والحديث إسناده منقطع.

(١) أخرجه البخاري بنحوه، كتاب: الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، برقم (٢٦٢٢)، ومسلم، كتاب: الهبات، باب: تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض، برقم (١٦٢٢)، وأبو داود، كتاب: البيوع، باب: الرجوع في الهبة، برقم (٣٥٣٨)، والترمذي، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في الرجوع في الهبة، برقم (١٢٩٨)، والنسائي، كتاب: الهبة، برقم (٣٧٠٠)، وابن ماجه، كتاب: الأحكام، باب: الرجوع في الهبة، برقم (٢٣٨٥)، وأحمد، برقم (١٨٧٥)، وابن حبان (١١/ ٥٢٢)، برقم (٥١٢١)، والدارقطني (٣/ ٤٢)، برقم (١٧٧)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٨٠)، برقم (١١٧٩٧)، والطبراني في الكبير (١٠/ ٢٩٠)، برقم (١٠٦٩٢)، والبخاري في الأدب المفرد (١/ ١٥٠)، برقم (٤١٧)، والطيالسي في مسنده (١/ ٣٤٤)، برقم (٢٦٤٩)، والحميدي في مسنده (١/ ٢٤٣)، برقم (٥٣٠)، وابن الجعد في مسنده (١/ ١٤٨)، برقم (٩٤٢)، وأبو يعلى في مسنده (٤/ ٢٩٤، ٢٤٠٥) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

(٢) في المخطوط: «منها».

(٣) في المخطوط: «التسليم».

(٤) في المخطوط: «قائلهم».

(٥) في المخطوط: «يكون».

(٦) في المخطوط: «في نفس».

(٧) في المخطوط: «إعارة».

عليه وسَلَّمَ: «الواهبُ أحَقُّ بهبَتِه ما لم يُثبْ منها» [١] [أي بعِوَضٍ جعل عليه الصلاة والسلام الواهبَ أحَقَّ بهبتِه ما لم يَصِلْ إليه العِوَضُ] [٢] وهذا نَصٌّ في البابِ.

وأمّا إجماعُ الصّحابةِ فإنّه رويَ عن سَيِّدنا عُمَرَ وسَيِّدنا عُثْمانَ وسَيِّدنا عَليٍّ وعبدِ الله ابنِ سَيِّدنا عُمَرَ وأبي الدَّرْداءِ وفَضالةَ بنِ عُبَيْدٍ وغيرِهم رضي الله عنهم أنّهم قالوا مثلَ مذهَبِنا ولم يَرِدْ عن غيرِهم خلافُه فيكونَ إجماعًا ولأنّ العِوَضَ الماليَّ قد يكونُ مقصودًا من (هبةِ الأجانِبِ) [٣] فإنّ الإنسانَ قد يَهَبُ من الأجنَبيِّ إحسانًا إليه وإنْعامًا عليه وقد يَهَبُ له طَمَعًا في المُكافأةِ والمُجازاةِ عُرْفًا وعادةً فالموهوبُ له مَنْدوبٌ إلى ذلك شرعًا قال الله تبارك وتعالى: ﴿هَلْ جَزَآءُ ٱلْإِحْسَٰنِ إِلَّا ٱلْإِحْسَٰنُ﴾ [الرحمٰن: ٦٠] وقال ﷺ: «مَنِ اصْطَنَعَ [٤] إليكُمْ مَعْرُوفًا فكافِئُوه فإنْ لم تَجِدُوا ما تُكافِئُونَه [٥] فادْعُوا له حتّى يَعْلَمَ [٦] أنّكُمْ قد كافَأْتُمُوه» [٧] وقال ﷺ: «تَهادَوْا تَحابُّوا» [٨] والتّهادي تَفاعُلٌ من الهَديّةِ فيَقْتَضي الفعلَ من اثنيْنِ وقد لا يَحْصُلُ هذا المقصودُ في الأجنَبيِّ وفَواتُ المقصودِ من عقدٍ مُحْتَمِلٍ للفَسْخِ يُمْنَعُ لُزومُه كالبيعِ لأنّه يَعْدَمُ الرِّضا والرِّضا في هذا البابِ كما هو شرطُ الصِّحّةِ فهو شرطُ اللُّزومِ كما في [باب] [٩] البيعِ إذا وجَدَ المُشتري بالمَبيعِ عَيْبًا [١٠] لم يَلْزَمْه [١١] العقدُ لِعَدَمِ الرِّضا عند عَدَمِ حُصولِ المقصودِ وهو السّلامةُ كذا هذا.

وأمّا الحديثُ الأوّلُ فلَه تَأويلانِ:

أحدُهما: أنّه مَحْمولٌ على الرُّجوعِ بغيرِ قَضاءٍ ولا رِضاءٍ وذلك لا يجوزُ عندَنا إلاّ فيما وهَبَ الوالِدُ لِوَلَدِه فإنّه يَحِلُّ له أخْذُه من غيرِ رِضا الولَدِ ولا قَضاءِ القاضي إذا احتاجَ إليه

---

(١) ضعيف: أخرجه ابن ماجه، كتاب: الأحكام، باب: من وهب هبة رجاء ثوابها، برقم (٢٣٨٧)، والدارقطني (٣/ ٤٣)، برقم (١٨٠)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٨١)، برقم (١١٨٠٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وأورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٢٥)، انظر ضعيف الجامع الصغير للألباني، رقم (٣١٥١).

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «الهبة للأجانب».

(٤) في المخطوط: «استصنع».

(٥) في المخطوط: «تكافئوه».

(٦) في المخطوط: «تعلموا».

(٧) صحيح: أخرجه أبو داود؟ كتاب: الزكاة، باب: عطية من سأل بالله، برقم (١٦٧٢)، والنسائي، برقم (٢٥٦٧)، من حديث عبد الله بن عمر رضى الله عنهما؛ وانظر صحيح أبي داود.

(٨) سبق تخريجه.

(٩) زيادة من المخطوط.

(١٠) في المخطوط: «المبيع معيبًا».

(١١) في المخطوط: «يلزم».

للإنْفاقِ على نفسِه.

الثاني: أنه مَحْمولٌ على نَفْيِ الحِلِّ من حيث المُروءةِ والخلق لا من حيث الحُكْم؛ لأنّ نَفْيَ الحِلِّ يحتملُ ذلك قال الله تعالى عَزَّ وجَلَّ في رَسولِنا ﷺ: ﴿لَّا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعْدُ وَلَآ أَن تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَٰجٍ﴾ [الأحزاب: ٥٢] قيلَ في بعضِ التّأويلاتِ: لا يَحِلُّ لك من حيث المُروءةِ والخلُقِ أنْ تتزوّجَ عليهِنّ بعدَما اخترْنَ إيّاكَ والدّارَ الآخِرة على الدُّنْيا وما فيها من الزّينةِ لا من حيث الحُكْمِ إذا كان يَحِلُّ له التّزَوُّجُ بغيرِهِنّ وهذا تَأويلُ الحديثِ.

و الآخَرُ أنّ المُرادَ منه التّشْبيه من حيث ظاهرِ القُبْحِ مُروءةً (وطَبيعةً لا شريعةً) [١].

ألا تَرَى أنّه قال ﷺ في رِوايةٍ أُخرى: **«العائدُ فِي هبَتِه كالكَلْبِ يَقِيءُ ثم يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»** [٢] وقيء الكَلْبِ لا يوصَفُ بالحُرْمةِ الشّرعيّةِ لَكِنّه يوصَفُ بالقُبْحِ الطَّبيعيِّ كذا هذا.

وقولُه فيما يَهَبُه الوالِدُ لِوَلَدِه مَحْمولٌ على أخْذِه مالِ ابنِه عند الحاجةِ [٣] إليه لَكِنّه سَمّاه رُجوعًا لِتَصَوُّرِه بصورةِ الرُّجوعِ مَجازًا وإنْ لم يَكُنْ رُجوعًا حَقيقةً على ما نَذْكُرُه في تلك المسألةِ إنْ شاء الله تعالى.

وَأمّا شرط صحة الرُّجوعِ بعدَ ثُبوتِ الحقِّ بقضاء القاضي أو التراضي حتى لا يَصِحَّ بدونِ القَضاءِ والرِّضا؛ لأنّ الرُّجوعَ فسخُ العقدِ بعدَ تَمامِه وفَسْخُ العقدِ بعدَ تَمامِه لا يَصِحُّ بدونِ القَضاءِ والرِّضا كالرَّدِّ بالعَيْبِ في البيعِ بعدَ القبضِ.

وأمّا العَوارِضُ المانِعةُ من الرُّجوعِ فأنْواعٌ منها هَلاكُ الموهوبِ لأنّه لا سَبيلَ إلى الرُّجوعِ في الهالِكِ ولا سَبيلَ إلى الرُّجوعِ في قيمَتِه لأنّها ليستْ بموهوبةٍ لانعِدامِ وُرودِ العقدِ عليها.

وَمنها خُروجُ الموهوبِ من [٤] مِلْكِ الواهبِ بأيِّ سببٍ كان من البيعِ والهبةِ والموتِ ونحوِها؛ لأنّ المِلْكَ يختَلِفُ بهذِه الأشياءِ [٥] أمّا بالبيعِ والهبةِ ونحوِهما فظاهرٌ وكذا بالموتِ؛ لأنّ الثّابِتَ للوارِثِ غيرُ ما كان ثابِتًا للمورِّثِ حَقيقةً؛ لأنّ المِلْكَ عَرَضٌ يَتَجَدَّدُ

---

(١) في المخطوط: «وخلقًا لا شرعًا».
(٢) رواه البخاري، كتاب: الهبة، باب: هبة الرجل، برقم (٢٥٨٩)، ومسلم، كتاب: الهبات، باب: تحريم الرجوع في الصدقة، برقم (١٦٢٢) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.
(٣) في المخطوط: «حاجته».
(٤) في المخطوط: «عن».
(٥) في المخطوط: «الأسباب».

في كُلِّ زَمانٍ إلاّ أنّه مع تَجَدُّدِه حَقيقةً جُعِلَ مُتَجَدِّدًا [٣/ ١٩٥أ] تَقْديرًا في حَقِّ المَحَلِّ حتى يَرُدَّ الوارِثُ بالعَيْبِ ويُرَدَّ عليه فيجبُ العملُ بالحقيقةِ في حَقِّ المالِكِ فاختَلَفَ المِلْكانِ واختِلافُ المِلْكينِ بمنزلةِ اختِلافِ العَيْنَيْنِ.

ثم لو وهَبَ عَيْنًا لم يَكُنْ له أنْ يرجعَ في عَيْنٍ أُخرى فكذا إذا أوجَبَه [١] مِلْكًا لم يَكُنْ له أنْ يَفْسَخَ مِلْكًا آخَرَ بخلافِ ما إذا وهَبَ لِعبدِ رجلٍ هبةً فقَبَضَها العبدُ أنّ للواهبِ أنْ يرجعَ فيها؛ لأنّ المِلْكَ هناك لم يختَلِفْ؛ لأنّ الهبةَ انعَقَدَتْ موجِبة للمِلْكِ للمولى ابْتِداء فلم يختَلِف المِلْك وكذا المُكاتَبُ [٢] إذا وهَبَ له هبةً وقَبَضَها فللواهبِ أنْ يرجعَ لِما قُلْنا.

وكذلك إنْ أعتَقَ المُكاتَبَ؛ لأنّ المِلْك الذي أوجَبَه بالهبةِ [٣] قد استَقَرَّ بالعِتْقِ [٤] فكَأنّه وهَبَ له بعد العِتْق [٥] فإنْ عَجزَ المُكاتَبُ ورُدَّ في الرِّقّ فللواهبِ أنْ يرجع عند أبي يوسفَ وعند محمّدٍ ليس له أنْ يرجع وهذا بناء على أنّ المُكاتَبَ إذا عَجزَ عن أداء بَدَل الكِتابة فالمولى يَمْلِك أكسابه بحُكْمِ المِلْك الأوّل أو يَمْلِكها مِلْكًا مُبْتَدَأً فعند أبي يوسفَ يَمْلِكها بحُكْمِ المِلْك الأوّل فلم يختَلِف المِلْك فكان له أنْ يرجع وعند محمّدٍ يَمْلِكها مِلْكًا مُبْتَدَأً فاختَلَفَ المِلْكُ فمَنَعَ الرُّجوع.

(وجه) قول محمّدٍ أنّ مِلْك الكَسْب للمولى قد بَطَلَ بالكِتابةِ؛ لأنّ المُكاتَبَ صارَ أحَقّ بأكسابه بالكِتابةِ فبَطَلَ مِلْك المولى بالكَسْبِ [٦] والباطِل لا يحتمل العَوْد فكان هذا مِلْكًا مُبْتَدَأً فيُمْنَع الرُّجوع كمِلْكِ الوارِث.

(وجه) قول أبي يوسفَ أنّ سبب ثُبوت مِلْك الكَسْب هو مِلْك الرَّقَبة ومِلْك الرَّقَبة قائم بعد الكِتابة إلاّ أنّه امتَنَعَ ظُهورُ [٧] مِلْك الكَسْب للمولى لِضرورةِ التَّوَصُّل إلى المقصود من الكِتابة في جانِب المُكاتَبِ وهو شَرَف الحُرّيّة بأداءِ بَدَل الكِتابة فإذا عَجزَ زالَتِ الضَّرورة وظَهَرَ مِلْك الكَسْب تَبَعًا لِمِلْكِ الرَّقَبة فلم يَكُنْ هذا مِلْكًا مُبْتَدَأً والله أعلم.

[ؤمنها]: موت الواهب؛ لأنّ الوارِث لم يوجِب المِلْك للموهوبِ له فكيفَ يرجع في

---

(١) في المخطوط: «أوجب».
(٢) في المخطوط: «الهبة».
(٣) في المخطوط: «الهبة».
(٤) في المخطوط: «بالقبض».
(٥) في المخطوط: «العين».
(٦) في المخطوط: «في الكسب».
(٧) في المخطوط: «ظهوره في».

مِلْك لم يوجِبه] (١).

ومنها: الزّيادة في الموهوب زيادة مُتَّصِلة فنقول (٢): جُمْلة الكَلام في زيادة الهبة أنّها لا تَخْلو إمّا أنْ كانت مُتَّصِلة بالأصلِ وإمّا أنْ كانت مُنْفَصِلة عنه فإنْ كانت مُتَّصِلة بالأصلِ فإنّها تمنَع الرُّجوع سَواء كانت الزّيادة بفعلِ الموهوب له أو لا بفعلِه [وسَواء كانت مُتَولِّدَةً أو غير مُتَولِّدةٍ] (٣) نحو ما إذا كان الموهوب جارية هَزيلة فسَمنتْ أو دارًا فبَنَى فيها أو أرضًا فغَرَسَ فيها غَرْسًا أو نَصَبَ دولابًا وغير ذلك (مِمّا يُسْتَقَى) (٤) به وهو مُثَبَّت في الأرضِ مَبنيٌّ عليها على وجه يدخل في بيعِ الأرض من غير تسمية قليلاً كان أو كثيرًا أو كان الموهوب ثوبًا فصَبَغَه بعُصْفُرٍ أو زَعْفَران أو قَطَّعَه قَميصًا وخاطَه أو جُبّةً وحَشاه أو قَباءً؛ لأنّه لا سَبيل إلى الرُّجوع في الأصل مع زيادة؛ لأنّ الزّيادة ليستْ بموهوبةٍ إذا لم يَرِد عليها العقد فلا يجوز أنْ يَرِد عليها الفسخ ولا سَبيل إلى الرُّجوع في الأصل بدونِ الزّيادة؛ لأنّه غير مُمْكِن فامتَنَعَ الرُّجوع أصلاً.

وإنْ صَبَغَ الثّوب بصِبْغٍ لا يَزيد فيه أو يَنْقُصه فلَه أنْ يرجعَ؛ لأنّ المانِع من الرُّجوع هو الزّيادة فإذا لم يَزِدْه الصِّبْغ في القيمة التُحِقَتِ الزّيادة بالعَدَمِ وإنْ كانت الزّيادة مُنْفَصِلة فإنّها لا تمنَع الرُّجوع سَواء كانت مُتَولِّدة من الأصل كالولَدِ واللَّبَن والثّمَر أو غير مُتَولِّدة كالأرشِ والعُقْر والكَسْب والغَلّة؛ لأنّ هذِه الزَّوائد لم يَرِد عليها العقد فلا يَرِد عليها الفسخ وإنّما ورَدَ على الأصل ويُمْكِن فسخ العقد في الأصل دون الزّيادة بخلافِ المُتَّصِلة وبِخلافِ ولَد المَبيع أنّه يَمْنَعُ الرَّدّ بالعَيْبِ؛ لأنّ المانِع هناك وهو الرِّبا؛ لأنه يَبْقَى الولَد بعد رَدِّ الأُمّ بكُلِّ الثّمَن مَبيعًا مقصودًا لا يُقابِله عِوَض وهذا تفسير الرِّبا.

ومعنى الرِّبا لا يُتَصَوّر في الهبة؛ لأنّ جَرَيان الرِّبا يختَصُّ بالمُعاوَضاتِ فجازَ أنْ يَبْقَى الولَد موهوبًا مقصودًا بلا عِوَض بخلافِ البيع وكذا الزّيادة في (٥) سِعْر لا تمنَع الرُّجوع؛ لأنّه لا تَعَلُّقَ لها بالموهوبِ وإنّما هي رَغْبة يُحْدِثُها الله تعالى في القُلوب فلا تمنَع الرُّجوع ولِهذا لم تُعْتَبَر هذِه الزّيادة في أُصول الشّرع فلا تعتبر ضَمان الرَّهْن ولا الغَصْب ولا تمنَع الرَّدّ بالعَيْب.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «و».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «ليستقى».
(٥) في المخطوط: «من».

وَأمّا نُقْصان الموهوب فلا يَمْنَع الرُّجوع؛ لأنّ ذلك رُجوع في [٣/ ١٩٥ب] بعض الموهوب وله أنْ يرجع في بعض الموهوب مع بَقائه بكَمالِه فكذا إذا نَقَصَ ولا يَضْمَن الموهوب له النُّقْصان؛ لأنّ قبض الهبة ليس بقبضٍ مضمون.

ومنها: العِوَض لِما رَوَيْنا عن رَسُول الله ﷺ أنّه قال: «الواهبُ أحَقُّ بهبَتِه ما لم يُثِبْ منها [1]» [2] أي ما لم يُعَوّض ولأنّ التّعْويض دَليل على أنّ مقصود الواهب هو الوُصول إلى العِوَض فإذا وصَلَ فقد حَصَلَ مقصوده فيُمْنَع الرُّجوع وسَواء قَلَّ العِوَض أو كثُرَ لِما رَوَيْنا من الحديث من غير فصل فنَقول [3]: العِوَض نوعانِ: مُتَأخِّر عن العقد ومشروط في العقد.

أمّا العِوَض المُتَأخِّر عن العقد فالكَلام فيه يَقَع في موضِعَيْنِ:

أحدهما: في بيان شرط جواز هذا التّعْويض وصَيْرورة الثّاني عِوَضًا.

والثّاني: في بيان ماهيّة هذا التّعْويض.

أمّا الأوّل: فلَه شَرائط ثلاثة الأوّل مُقابَلة العِوَض بالهبةِ وهو أنْ يكونَ التّعْويض بلَفْظٍ يَدُلّ على المُقابَلة نحو أنْ يقولَ: هذا عِوَض من هبَتك أو بَدَل عن هبَتك أو مَكان هبَتك أو نَحلْتُكَ هذا عن هبَتك أو تَصَدَّقْت بهذا بَدَلاً عن [4] هبَتك أو كافَأْتُك أو جازَيْتُك أو أثَبْتُك وما يجْري هذا المجرَى؛ لأنّ العِوَض اسم لِما يُقابِل المُعَوّضَ فلا بُدَّ من لَفْظ يَدُلّ على المُقابَلة حتى لو وهَبَ لإنسانٍ شيئًا وقَبَضَه الموهوب له.

ثم إنّ الموهوب له أيضًا وهَبَ شيئًا للواهبِ ولم يَقُلْ هذا عِوَض من هبَتك ونحو ذلكَ مِمّا ذَكَرْنا لم يَكُنْ عِوَضًا بل كان هبة مُبْتَدَأة ولِكُلٍّ واحد منهما حَقّ الرُّجوع؛ لأنّه لم يجْعَل الثّاني مُقابَلًا بالأوّلِ [5] لانعِدامِ ما يَدُلّ على المُقابَلة فكانت هبة مُبْتَدَأة فيَثْبُت فيها الرُّجوع.

---

(١) في المخطوط: «عنها».

(٢) ضعيف: رواه ابن ماجه، كتاب: الأحكام، باب: من وهب هبة رجاء ثوابها، برقم (٢٣٨٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) في المخطوط: «و».

(٤) في المخطوط: «من».

(٥) في المخطوط: «للأول».

والثاني: [(١)] لا يكون العِوَض في العقد مملوكًا بذلك العقد حتى لو عَوّضَ الموهوب له الواهبَ بالموهوبِ لا يَصِحّ (ولا يكون) [(٢)] عِوَضًا.

وإنْ عَوّضَه ببعضِ الموهوب عن باقيه فإنْ كان الموهوب على حالِه التي وقَعَ عليها العقد لم يَكُنْ عِوَضًا؛ لأنّ التّعْويض ببعضِ الموهوب لا يكون مقصود الواهب عادة إذْ لو كان مقصوده لأمسَكَه ولم يَهَبه فلم يَحْصُل مقصوده بتَعْويضِ بعض ما دَخَلَ تَحْت العقد فلا يَبْطُل حَقّ الرُّجوع، وإنْ كان الموهوب قد تَغَيَّرَ عن حاله تَغَيُّرًا يَمْنَع الرُّجوع فإنّ بعض الموهوب يكون عِوَضًا عن الباقي؛ لأنّه بالتّغَيُّرِ صارَ بمنزلةِ عَيْنٍ أُخرى فصَلُحَ عِوَضًا، هذا إذا وهَبَ شيئًا واحدًا أو شيئَيْنِ في عقد واحد.

فأمّا إذا وهَبَ شيئَيْنِ في عقدَيْنِ فعَوّضَ أحدهما عن الآخَر فقد اختُلِفَ فيه: قال أبو حنيفةَ رحمه الله ومحمد: يكون عِوَضًا، وقال أبو يوسفَ: لا يكون عِوَضًا.

-**(وجه) قول ابي يوسف:** إنْ حَقّ الرُّجوع ثابت في غير [(٣)] ما عوّضَ؛ لأنّه موهوب وحَقّ الرُّجوع في الهبة ثابِت شرعًا فإذا عوّضَ يَقَع عن الحقّ المُسْتَحَقّ شرعًا فلا يَقَع موقِع العِوَض بخلافِ ما إذا تَغَيَّرَ الموهوب فجعل بعضه عِوَضًا عن الباقي [(٤)] أنّه يجوز وكان مِلْكًا عِوَضًا؛ لأنّ حَقّ الرُّجوع قد بَطَلَ بالتّغَيُّرِ فجازَ أنْ يَقَع موقِع العِوَض.

-**(وجه) قولهما:** أنّهما مُلِكا بعقدَيْنِ مُتَبايِنَيْنِ فجازَ أنْ يُجْعَل أحدهما عِوَضًا عن الآخَر وهذا؛ لأنّه يجوز أنْ يكون مقصود الواهب من هبَته الثّانية عَوْدَ الهبة الأولى؛ لأنّ الإنسان قد يَهَب شيئًا ثم يَبْدو له [الرُّجوع] [(٥)] فصارَ الموهوب بأحدِ العقدَيْنِ بمنزلةِ عَيْن أُخرى بخلافِ ما إذا عوّضَ بعض الموهوب عن الباقي وهو على حاله التي وقَعَ عليها العقد؛ لأنّ بعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب فإنّ الإنسان لا يَهَب شيئًا ليُسَلِّمَ له بعضه عِوَضًا عن باقيه.

وقوله: «حَقّ الرُّجوع ثابِت شرعًا» نَعَمْ لَكِنّ الرُّجوعَ في الهبة ليس بواجبٍ فلا يَمْتَنِع وُقوعه عن جِهة أُخرى كما لو باعه منه.

---

(١) زاد في المخطوط: «أن».
(٢) في المخطوط: «ولم يكن».
(٣) في المخطوط: «عين».
(٤) زاد في المخطوط: «في».
(٥) ليست في المخطوط.

ولو وهَبَ له شيئًا وتَصَدَّقَ عليه بشيءٍ فعَوّضَه الصّدَقة من الهبة كانت عِوَضًا بالإجماعِ على اختِلاف الأصلينِ.

(أمّا) على أصل أبي حنيفةَ ومحمّدٍ رحمهما الله فلا يُشْكِل لأنّهما لو مُلِكا بعقدَيْنِ مُتَّفِقَيْنِ لَجازَ أنْ يكونَ أحدهما عِوَضًا عن الآخَر فعند اختِلاف العقدَيْنِ أولى.

(وأمّا) على أصل أبي يوسفَ رحمه الله فلأنّ الصّدَقة لا يَثْبُت فيها حَقّ الرُّجوع فوَقَعَتْ موقِع العِوَض.

والثالث: سَلامة العِوَض [٣/ ١٩٦أ] للواهبِ فإنْ لم يَسْلم بأنِ استُحِقَّ من يَده لم يَكُنْ عِوَضًا وله أنْ يرجع في الهبة؛ لأنّ بالاستحقاقِ تَبيَّنَ أنّ التّعْويض لم يَصِحّ فكأنّه لم يُعَوّض أصلاً فلَه أنْ يرجع إنْ كان الموهوب قائمًا بعَيْنِه لم يَهْلِك ولم يَزْدَدْ خَيْرًا ولم يَحْدُث فيه ما يَمْنَعُ الرُّجوع فإنْ كان قد هَلك أو استَهْلكه الموهوب له لم يَضْمَنْه كما لو هَلك أو استَهْلكه قبلَ التّعْويض وكذا إذا ازْدادَ خَيْرًا لم يَضْمَن كما قبلَ التّعْويض.

وإنِ استُحِقَّ بعض العِوَض وبَقِيَ البعض فالباقي عِوَض عن كُلّ الموهوب وإنْ شاء رَدَّ ما بَقِيَ من العِوَض ويرجع في كُلّ الموهوب إنْ كان قائمًا في يَده [ولم يَحْدُثْ فيه ما يَمْنَع الرُّجوع] (١) وهذا (٢) قول أصحابنا الثّلاثة.

وقال زُفَرُ يرجع في الهبة بقدرِ المُسْتَحَقّ من العِوَض.

(وجه) قوله أنّ معنى المُعاوَضة ثَبَتَ (٣) من الجانِبَيْنِ جميعًا فكَما أنّ الثّانيَ عِوَض عن الأوّل فالأوّل يَصير عِوَضًا عن الثّاني ثم لو استُحِقَّ بعض الهبة الأولى كان للموهوبِ له أنْ يرجع في بعض العِوَض فكذا إذا استُحِقَّ بعض العِوَض كان للواهبِ أنْ يرجع في بعض الهبة تَحْقيقًا للمُعاوَضةِ.

(ولَنا) أنّ الباقيَ يَصْلُح عِوَضًا عن كُلّ الهبة ألا تَرَى أنّه لو لم يُعَوِّضه إلاّ به في الابْتِداء كان عِوَضًا مانِعًا عن الرُّجوع فكذا في الانتِهاء بل أولى؛ لأنّ البَقاء أسْهَلُ إلاّ أنّ للواهبِ أنْ يَرُدَّه ويرجع في الهبة؛ لأنّ الموهوب له غَرَّه حيث عَوّضَه لإسقاطِ الرُّجوع بشيءٍ لم

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) زاد في المخطوط: «على».

(٣) في المخطوط: «تثبت».

يُسَلَّمْ له فيَثْبُتُ له الخيار.

(وأمّا) سَلامة المُعَوّض وهو الموهوب للموهوبِ له فشرطه لُزوم التَّعْويض حتى لو استُحِقَّ الموهوب كان للموهوب له أنْ يرجع فيما عوَّضَ؛ لأنّه إنّما عوَّضَ ليُسْقِط حَقّ الرُّجوع في الهبة فإذا استُحِقَّ الموهوب تَبَيَّنَ أنّ حَقّ الرُّجوع لم يَكُنْ ثابِتًا فصارَ كمَنْ صالَحَ عن دَيْن ثم تَبَيَّنَ أنّه لا دَيْن عليه وكذلك لو استُحِقَّ نصف الموهوب فللموهوبِ له أنْ يرجع في نصف العِوَض إنْ كان الموهوب مِمّا يحتمل القسمة؛ لأنّه إنّما جُعِلَ عِوَضًا عن حَقِّ الرُّجوع في جميع الهبة فإذا لم يَسْلَم له بعضه يرجع في العِوَض بقدرِه سَواء زادَ العِوَض أو نَقَصَ في السِّعْر أو زادَ في البَدَن أو نَقَصَ في البَدَن كان له أنْ يَأخُذ نصفه ونصف النُّقْصان كذا رويَ عن محمّدٍ في الإملاء.

وإنّما لم تمنَع الزّيادةُ عن الرُّجوع في العِوَض؛ لأنّه تَبَيَّنَ له أنّه قَبَضَه بغيرِ حَقّ فصارَ كالمقبوضِ بعقدٍ فاسد فيَثْبُت الفسخ في الزَّوائد وإنْ قال الموهوب له أَرُدّ ما بَقِيَ من الهبة وأرجِع في العِوَض كُلّه لم يَكُنْ له ذلك؛ لأنّ العِوَض لم يَكُنْ مشروطًا في العقد بل هو مُتَأخِّر عنه والعِوَض المُتَأخِّر ليس بعِوَضٍ عن العَيْن حَقيقة بل هو لإسقاطِ الرُّجوع وقد حَصَلَ له سُقوط الرُّجوع فيما بَقِيَ من الهبة فلم يَكُنْ له أنْ يرجع في الهبة فإنْ كان العِوَض مُسْتَهْلَكًا ضَمن قابِض العِوَض بقدرِ ما وجَبَ الرُّجوع للموهوبِ له فيه من العِوَض وإنِ استُحِقَّ كُلُّ الهبة، والعِوَضُ مُسْتَهْلَك يَضْمَن كُلّ قيمة العِوَض.

كذا ذَكَرَ في الأصل من غير خلاف وهو إحدى رِوايَتَيْ بشْرٍ عن أبي يوسفَ عن أبي حنيفةَ رحمهم الله ورَوَى بشْرٌ رِواية أُخرى عن أبي يوسفَ عن أبي حنيفةَ أنّه لا يَضْمَن شيئًا وهو قول أبي يوسفَ.

(وجه) رِواية الأصل أنّ القبض في العِوَض ما وقَعَ مَجّانًا وإنّما وقَعَ مُبْطِلاً حَقّ الرُّجوع في الأوّل فإنْ لم يَسْلَم المقصود منه بَقِيَ القبض مضمونًا فكَما يرجع بعَيْنِه لو كان قائمًا يرجع بقيمَتِه إذا هَلَك.

(وجه) الرِّواية الأُخرى أنّ العِوَض المُتَأخِّر عن العقدِ في حُكْم الهبة المُبْتَدَأة حتى يُشترَط فيه شَرائط الهبة من القبض والحيازة، والموهوب غير مضمون بالهَلاكِ هذا إذا كان الموهوب أو العِوَض شيئًا لا يحتمل القسمة فاستَحَقَّ بعضه.

(فأمّا) إذا كان مِمّا يحتمل القسمة فاستَحَقَّ بعض أحدهما بَطَلَ العِوَض إنْ كان هو المُسْتَحَقّ وكذا تَبْطُل الهبة إنْ كانت هي المُسْتَحَقّة فإذا بَطَلَ العِوَض رجع في الهبة وإذا بَطَلَتِ الهبة يرجع في العِوَض؛ لأنّ بالاستحقاقِ تَبَيَّنَ أنّ الهبة والتّعْويض وقَعَ في مَشاعٍ يحتمل القسمة وذلك باطِل.

الثاني: بيان ماهيَّته فالتّعْويض المُتَأخِّر عن الهبة هبة مُبْتَدَأة بلا خلاف من أصحابنا يَصِحّ بما تَصِحّ به الهبة ويَبْطُل بما تَبْطُل به الهبة لا يُخالفها إلاّ في إسقاط الرُّجوع، على معنى أنّه يَثْبُت حَقّ الرُّجوع في الأولى ولا يَثْبُت في الثّانية فأمّا فيما وراء ذلك فهو في حُكْم هبةٍ مُبْتَدَأة؛ لأنّه تَبرُّع بتمليكِ العَيْن للحالِّ وهذا معنى الهبة إلاّ أنّه تبرَّعَ به ليُسْقِط حَقّ الرُّجوع عن نفسه في الهبة الأولى فكانت هبة مُبْتَدَأة مُسْقِطة لِحَقِّ الرُّجوع في الهبة الأولى.

ولو وجَدَ الموهوب له بالموهوبِ عَيْبًا فاحشًا لم يَكُنْ له أنْ يَرُدّه ويرجع في العِوَض وكذلك الواهب إذا وجَدَ بالعِوَضِ عَيْبًا لم يَكُنْ له أنْ يَرُدّ العِوَض ويرجع في الهبة؛ لأنّ الرَّدّ بالعَيْبِ من خَواصّ المُعاوَضات والعِوَض إذا لم يَكُنْ مشروطًا في العقد لم يَكُنْ عِوَضًا على الحقيقة بل كان هبة مُبْتَدَأة ولا يَظْهَر معنى العِوَض فيه إلاّ في إسقاط الرُّجوع خاصّة فإذا قَبَضَ الواهبُ العِوَضَ فليس لِكُلٍّ واحدٍ منهما أنْ يرجعَ على صاحبه فيما مَلَّكَه.

(أمّا) الواهبُ فلأنّه قد سَلَّمَ له العِوَض عن الهبة وإنّه يَمْنَع الرُّجوع وأمّا الموهوب له فلأنّه قد سَلَّمَ له ما هو في معنى العِوَض في حَقّه وهو سُقوط حَقّ الرُّجوع فيَمْنَعه من الرُّجوع لِقولِه عليه الصلاة والسلام: «الواهبُ أحَقُّ بهبَتِه ما لم يُثِبْ منها» [1] وسَواء عَوّضَه الموهوب له أو أجنَبيّ بأمرِ الموهوب له أو بغيرِ أمرِه لم يَكُنْ للواهبِ أنْ يرجع في هبَته ولا للمُعَوِّضِ أنْ يرجع في العِوَض على الواهب ولا على الموهوب له.

(أمّا) الواهب فإنّما لم يرجع في هبَته؛ لأنّ الأجنبيّ إنّما عَوّضَ بأمرِ الموهوب له قامَ تَعْويضه مَقام تَعْويضه بنفسِه ولو عَوّضَ بنفسِه لم يرجع فكذا إذا عَوّضَ الأجنَبيّ بأمرِه وإنْ عَوّضَ بغيرِ أمرِه فقد تَبرَّعَ بإسقاطِ الحقّ عنه والتّبرُّع بإسقاطِ الحقّ عن الغير جائز كما لو

(١) سبق تخريجه قريبًا، وهو حديث ضعيف.

تَبَرَّعَ بمُخالَعةِ امرأة من زَوْجها .

(وأمّا) المُعَوِّضُ فإنّه لا يرجع على الواهب؛ لأنّ مقصوده من التّعْويض سَلامة الموهوب للموهوبِ له وإسقاط حَقّ التّبَرُّع وقد سَلِمَ له ذلك وإنّما لم يرجع على الموهوب له .

(أمّا) إذا كان بغيرِ أمرِه فلأنّه تَبَرُّع بإسقاطِ الحقّ عنه فلا يَمْلِك أنْ يجْعَل ذلك مضمونًا عليه .

(وأمّا) إذا عَوّضَ بأمرِه لا يرجع عليه أيضًا إلاّ إذا قال له عَوِّضْ عَنّي على أنّي ضامِن؛ لأنّه إذا أمَرَه بالتّعْويضِ ولم يَضْمَن له فقد أمَرَه بما ليس بواجبٍ عليه بل هو مُتَبَرِّع به فلم يوجَب ذلك الضّمان على الآمِرِ إلاّ بشرطِ الضّمان .

وعلى هذا قالوا فيمَنْ قال لِغيرِه أطْعِمْ عن كفّارة يَميني أو أدِّ زَكاتي ففعَلَ لا يرجعُ بذلك على الآمِرِ إلاّ أنْ يقول له على أنّي ضامِن؛ لأنّه أمَرَه بما ليس بمضمونٍ عليه بخلافِ ما إذا أمَرَه غيره بقَضاءِ الدَّيْن فقَضاه أنّه يرجع على الآمِر وإنْ لم يَقُلْ على ياسرِ أنّي ضامِن نَصًّا؛ لأنّ قَضاء الدَّيْن مضمون على الآمِرِ فإذا أمَرَه به فقد ضَمن له .

ولو عَوّضَ الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عِوَضًا عن نصفها وكان للواهبِ أنْ يرجع في النِّصْف الآخَر ولا يرجع فيما عوّضَ عنه؛ لأنّ حَقّ الرُّجوع في الهبة مِمّا يَتَجَزَّأ .

ألا تَرَى أنّه لو رجع في نصف الهبة ابْتِداء دون النِّصْف جازَ فجازَ أنْ يَثْبُت حَقّ الرُّجوع في النِّصْف بدونِ النِّصْف بخلافِ العَفْو عن القِصاص والطَّلاق؛ لأنّ ذلك مِمّا لا يَتَجَزَّأ فكان إسقاط الحقّ عن البعض إسقاطًا عن الكُلّ .

(وأمّا) العِوَض المشروط في العقد فإنْ قال وهَبْتُ لَك هذا الشّيءَ على أنْ تُعَوِّضَني هذا الثّوْبَ فقد اختُلِفَ في ماهيّة هذا العقد قال أصحابنا الثّلاثة رضي الله عنهم: إنّ عقده عقد هبة وجوازه جواز بيعٍ ورُبّما عَبَّروا أنّه هبة ابْتِداء بيعٌ انتِهاء حتى لا يجوز في المَشاع الذي يَنْقَسِم ولا يَثْبُت المِلْك في كُلّ واحد منهما ما قبلَ القبض ولِكُلٍّ واحد منهما أنْ يرجع في سِلْعَته ما لم يَقْبِضا وكذا إذا قَبَضَ أحدهما ولم يَقْبِض الآخَر فلِكُلٍّ واحد منهما أنْ يرجع القابِض وغيرُ القابِضِ فيه سَواء حتى يَتَقابَضا جميعًا ولو تَقابَضا كان ذلك بمنزلةِ البيع يَرُدُّ

كُلّ واحد منهما بالعَيْبِ وعَدَم الرُّؤية ويرجع في الاستحقاق وتَجِب الشُّفْعة إذا كان غير مَنْقول.

وقال زُفَرُ رحمه الله عقده عقد بيعٍ وجوازه جواز بيعِ ابْتِداء وانتِهاء وتَثْبُت فيه أحْكام البيع فلا يَبْطُل بالشُّيوعِ ويُفيد المِلْك بنفسِه من غير شريطة القبض ولا يَمْلِكانِ الرُّجوع.

(وجه) قوله أنّ معنى البيع موجود في هذا العقد؛ لأنّ البيع تمليك العَيْن بعِوَضٍ وقد وُجِدَ إلاّ أنّه اختَلَفَتِ العِبارة واختِلافها لا يوجِب اختِلاف الحُكْم كلَفْظِ البيع مع لَفْظ التّمليك.

(ولَنا) أنّه وُجِدَ في هذا العقد لَفْظ الهبة ومعنى البيع، فيُعْطَى شَبَهَ العقدَيْنِ فيُعْتَبَر فيه القبض والحيازة عملاً يُشْبِه الهبة ويَثْبُت فيه حَقّ الرَّدّ بالعَيْبِ وعَدَم الرُّؤية في حَقّ الشُّفْعة عملاً يُشْبِه البيع عملاً بالدَّليلينِ بقدرِ الإمكان، واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلَم.

-**(ومنها)**: ما هو في معنى العِوَض، وهو ثلاثة أنْواع:

الأول: صِلة الرَّحِم المَحْرَم فلا رُجوع في الهبة لِذي رَحِم مَحْرَمٍ من الواهب وهذا عندَنا [١].

وقال الشافعيُّ رحمه الله: يرجع الوالِد فيما يَهَب لِوَلَدِه [٢] احتَجَّ بما رَوَيْنا عن النّبِيّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: **«لا يَحِلُّ لِواهبٍ أن يرجعَ فِي هبتِه إلّا الوالِدَ فِيما يَهَبُ ولَدَه»** وهذا نَصٌّ في الباب.

(ولَنا) ما رَوَيْنا عن رَسُول الله ﷺ أنّه قال: **«الواهبُ أحَقُّ بهبتِه ما لم يُثِبْ منها»** [٣] أي لم يُعَوّض، وصِلةُ الرَّحِم عِوَض مَعْنًى؛ لأنّ التّواصُل سبب التّناصُر والتّعاوُن في الدُّنْيا فيكون وسيلة إلى استيفاء النُّصْرة وسبب الثّواب في الدّار الآخِرة فكان أقوَى من المال، وقد رُوِيَ عن رَسُول الله ﷺ أنّه قال: **«اتَّقُوا الله وصِلُوا الأرحامَ فإنّه أبقَى لَكُمْ فِي الدُّنْيا وخَيْرٌ**

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١٢/ ٥٣)، رؤوس المسائل ص (٥٥٠)، شرح فتح القدير (٩/ ٣٩)، الاختيار (٣/ ٥١)، البناية (٩/ ٢٢٧).

(٢) ومذهب الشافعية: أن الهبة تلزم بنفس القبض، ولا رجوع فيها إلا للوالد فإنه يجوز له أن يرجع فيما وهبه لولده. انظر: الأم (٤/ ٦١)، مختصر المزني ص (١٦٤)، الوسيط (٤/ ٢٧٢، ٢٧٣)، روضة الطالبين (٥/ ٣٧٨)، المنهاج ص (٨٢)، مغني المحتاج (٢/ ٤٠١)، نهاية المحتاج (٥/ ٤١٦).

(٣) سبق تخريجه وهو حديث ضعيف.

لَكُمْ فِي الدَّارِ الآخِرةِ» [١] فدَخلَ تَحت النّص.

ورُوِيَ عن سَيِّدنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه قال: مَنْ وهَبَ هبة لِصِلةِ رَحِم أو على وجه صَدَقة فإنّه لا يرجع فِيها وهذا نَصٌّ في الباب.

والحديث مَحْمول على النَّهْي عن شِراء الموهوب لَكِنّه سَمّاه رُجوعًا مَجازًا لِتَصَوُّرِه بصورةِ الرُّجوع كما هنا رُوِيَ أنّ سَيِّدَنا عُمَرَ رضي الله عنه تَصَدَّقَ بفَرَسٍ له على رجل ثم وجَدَه يُباع فِي السُّوق فأرادَ أنْ يَشترِيَه فسَألَ رَسُول الله ﷺ عن ذلك فقال: «لا تَعُدْ فِي صَدَقَتِكَ» [٢] وسَيِّدنا عُمَرُ رضي الله عنه قَصَدَ الشِّراء لا العَوْدَ في الصَّدَقة لَكِنْ سَمّاه عَوْدًا لِتَصَوُّرِه بصورةِ العَوْدِ، وهو نَهْيُ نَدْبٍ؛ لأنّ الموهوب له يَسْتَحي فيُسامِحه في ثَمَنه فيَصير كالرّاجعِ في بعضه والرُّجوع مَكْروه وهذا المعنى لا يوجَد في هبة الوالِد لِوَلَدِه؛ لأنّ الولَد لا يَسْتَحي عن المُضايَقة في استيفاء الثّمَن لِمُباسَطةٍ بينهما عادةً فلم يُكْرَه الشِّراءُ، حَمَلْناه على هذا تَوْفيقًا بين الدَّليلينِ صيانة لهما عن التّناقُض.

ولو وهَبَ لِذي رَحِم غير مَحْرَم فلَه أنْ يرجعَ لِقُصورِ معنى الصِّلة في هذِه القَرابة فلا يكون في معنى العِوَض وكذا إذا وهَبَ لِذي مَحْرَمٍ لا رَحِم له لانعِدامِ معنى الصِّلة أصلاً.

ولو وهَبَ لِعبدِ ذي رَحِم ومولاه أجنَبيًّا فإمّا أنْ كان المولى ذا رَحِم مَحْرَمٍ من الواهب والعبد أجنَبيًّا وإمّا أنْ كان المولى والعبدُ جميعًا ذَوي رَحِمٍ من الواهبِ فإنْ كان العبدُ ذا رَحِم مَحْرَمٍ من الواهبِ والمولى أجنَبيًّا فلَه أنْ يرجع بلا خلاف بين أصحابنا؛ لأنّ حُكْم العقد يَقَع للمولى، وإنّما الواقِع للعبدِ صورة العقد بلا حُكْم وأنّه لا يُفيد معنى العِلّةِ فانعَدَمَ معنى العِوَض أصلاً.

وإنْ كان المولى ذا رَحِم مَحْرَم من الواهب والعبد أجنَبيًّا اختَلَفوا فيه قال أبو حنيفةَ رضي الله عنه يرجع وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ رحمهما الله لا يرجع.

(وجه) قولهما أنّ بُطْلانَ حَقّ الرُّجوع بحُصولِ الصِّلة؛ لأنّها في معنى العِوَض على ما

---

(١) حسن: أخرجه عبد بن حميد في مسنده (١/ ٢٠٠)، برقم (٥٧٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، انظر السلسلة الصحيحة للألباني، رقم (٨٦٩).

(٢) رواه البخاري، كتاب: الزكاة، باب: هل يشتري الرجل صدقته، برقم (١٤٨٩)، ومسلم، كتاب: الهبات، باب: كراهة شراء الإنسان ما تصدق به، برقم (١٦١٢).

بَيَّنّا ومعنى الصِّلة إنّما يَتَحقَّق لِوُقوعِ الحُكْم للقَريبِ، والحُكْم وقَعَ للمولى فصارَ كأنّ الواهب أوجَبَ الهبة له ابْتِداء وأنّه يَمْنَع الرُّجوع كذا هذا.

(وجه) قول أبي حنيفةَ رحمه الله أنّ المِلْك لم يَثْبُت للمولى بالهبةِ؛ لأنّها وقَعَتْ للعبدِ ألا تَرَى أنّ القبض إليه لا إلى المولى وإنّما ثَبَتَ ضرورة تَعَذُّد الإثبات للعبدِ فأُقيم مُقامه وإذا لم يثبت المِلْك له بالهبةِ لم يَحْصُل معنى الصِّلة بالعقدِ فلا يَمْنَع الرُّجوع مع ما أنّ المِلْك يَثْبُت له بالهبةِ، لَكِنّ الهبةَ وقَعَتْ للمولى من وجهٍ، وللعبدِ من وجه؛ لأنّ الإيجاب أُضيف إلى العبد، والمِلْك وقَعَ للمولى إذا لم يَكُنْ دَيْن فلم يَتَكامَل معنى الصِّلة في الهبة فصارَتْ كالهبةِ لِذي رَحِم مَحْرَم فإنْ كانا جميعًا ذا رَحِم مَحْرَم من الواهب فقد ذَكَرَ الكَرْخيُّ عن محمّدٍ أنّ قياس قول أبي حنيفةَ أنْ يرجع؛ لأنّ قَرابة العبد لا تُؤَثِّرُ في إسقاط الرُّجوع؛ لأنّ المِلْك لم يَقَع له وقَرابة المولى أيضًا لا تُؤَثِّرُ فيه؛ لأنّ الإيجاب لم يَقَع له وحَقّ الرُّجوع هو الأصل في الهبة، والامتِناع مُعارِضُ المُسْقِطِ ولم يوجَد فلا يَسْقُط.

وذَكَرَ الفقيه أبو جَعْفَرٍ الهِنْدوانيُّ أنّه ليس له أنْ يرجع في هذِه المسألة في قولهم: ؛ لأنّ الهبة إمّا أنْ يُعْتَبَرَ فيها حالَ العبد أو حالَ المولَى، وأيُّهما كان فرَحْمة كامِلة، والصِّلة الكامِلة تمنَع الرُّجوع.

والجواب أنّه لا يُعْتَبَر ههنا حالَ العبد وحْدَه ولا حالَ المولى وحْدَه بل يُعْتَبَر حالهما جميعًا واعتِبار حالهما لا يَمْنَعُ الرُّجوع واللَّه عَزَّ وجَلَّ أعلَم.

وعلى هذا التّفْريع إذا وهَبَ لِمُكاتَبٍ شيئًا وهو ذو رَحِم مَحْرَمٍ من الواهب أو مولاه ذو رَحِم مَحْرَم من الواهب أنّه إنْ أدّى المُكاتَبُ فعَتَقَ يُعْتَبَر حاله في القَرابة وعَدَمها إنْ كان أجنَبيًّا يرجع وإنْ كان قَريبًا لا يرجع؛ لأنّه لَمّا أدّى فعَتَقَ استَقَرَّ مِلْكه فصارَ كأنّ الهبة وقعَتْ له وهو حُرّ ولو كان كذلك يرجع إنْ كان أجنَبيًّا وإنْ كان قَريبًا لا يرجع كذا هذا.

وإنْ عَجَزَ ورُدَّ في الرِّقّ فقياس قول أبي حنيفةَ رحمه الله أنّه يُعْتَبَر حالَ المولى في القَرابة وعَدَمها إنْ كان أجنَبيًّا فللواهبِ أنْ يرجعَ وإنْ كان قَريبًا فليس له أنْ يرجعَ بناء على أنّ الهبة عنده أوجَبَتْ مِلْكًا موقوفًا على المُكاتَبِ وعلى مولاه على معنى أنّه إنْ أدّى فعَتَقَ تَبَيَّنَ أنّ المِلْك وقَعَ له من حين وُجوده، وإنْ عَجَزَ ورُدَّ في الرِّقّ يَظْهَرُ أنّه وقَعَ للمولى من وقت وُجوده كأنّ الهبة وقَعَتْ له من الابْتِداء وعلى قول محمّدٍ لا يرجع في الأحْوال كُلّها؛

لأنّ عنده كسْب المُكاتَبِ يكون للمُكاتَبِ من غير تَوَقُّف ثم يَنْتَقِل إلى المولى بالعَجْزِ كأنّه وهَبَ لِحَيٍّ فمات وانتَقَلَ الموهوب إلى ورَثَته.

الثاني: الزَّوْجيّة فلا يرجع كُلّ واحد من الزَّوْجَيْنِ فيما وهَبَه لِصاحبه؛ لأنّ صِلة الزَّوْجيّة تَجْري مجرَى صِلة القَرابة الكامِلة بدَليلِ أنّه يَتَعَلّق بها التّوارُث في جميع الأحْوال فلا يدخلها حَجْبُ الحِرْمان، والقَرابة الكامِلة مانِعة من الرُّجوع فكذا ما يجْري مجراها.

الثالِث: التّوارُث فلا رُجوع في الهبة من الفقير بعد قبضِها؛ لأنّ الهبة من الفقير صَدَقة؛ لأنّه يَطْلُب بها الثّواب كالصّدَقةِ ولا رُجوع في الصّدَقة على الفقير بعد قبضِها لِحُصولِ الثّواب الذي هو في معنى العِوَض بوَعْدِ الله تعالى وإنْ لم يَكُنْ عِوَضًا في الحقيقة إذِ العبدُ لا يَسْتَحِقّ على مولاه عِوَضًا.

ولو تَصَدَّقَ على غَنيٍّ فالقياس أنْ يكونَ له حَقّ الرُّجوع؛ لأنّ التّصدُّق على الغَنيّ يَطْلُب منه العِوَض عادة فكان هبة في الحقيقة فيوجِب الرُّجوع إلاّ أنّهم استَحْسَنوا وقالوا ليس له أنْ يرجعَ؛ لأنّ الثّواب قد يُطْلَبُ بالصّدَقةِ على الأغْنياء.

ألا تَرَى أنّ مَنْ له نِصابٌ تَجِب فيه الزّكاة وله عيال لا يَكْفيه ما في يَده ففي الصّدَقة عليه ثَواب وإذا كان الثّواب مَطْلوبًا من ذلك في الجُمْلة فإذا أتَى بلَفْظةِ الصّدَقة دَلَّ أنّه أرادَ به الثّواب وأنّه يَمْنَعُ الرُّجوع لِما بَيّنّا.

(وأمّا) الشُّيوع فنَقول لا يَمْنَعُ الرُّجوع في الهبة فللواهبِ أنْ يرجع في نصف الهبة مَشاعًا، وإنْ كان مُحْتَمِلاً للقسمةِ بأنْ وهَبَ دارًا فباع الموهوب له نصفها مَشاعًا كان للواهبِ أنْ يرجعَ في الباقي وكذا لو لم يَبِعْ نصفها وهي قائمة في يَد الموهوب له فلَه أنْ يرجع في بعضها دونَ البعض بخلافِ الهبة المُسْتَقْبَلة أنّها لا تَجوز في المَشاع الذي يحتمل القسمة؛ لأنّ القبض شرط جواز العقد، والشّياع يُخِلُّ في القبض المُمَكِّنِ من التّصَرُّف، والرُّجوع فسخ، والقبض ليس بشرطٍ لِجوازِ الفسخ فلا يكون الشُّيوع مانِعًا من الرُّجوع.

(وأمّا) بيان ماهيّة الرُّجوع وحُكْمه شرعًا فنَقول وباللّه التّوْفيق لا خلاف في أنّ الرُّجوع في الهبة بقَضاءِ القاضي فسخ، واختُلِفَ في الرُّجوع فيها بالتّراضي فمَسائل أصحابنا تَدُلّ على أنّه فسخ أيضًا كالرُّجوعِ بالقَضاءِ فإنّهم قالوا يَصِحّ الرُّجوع في المَشاع الذي يحتمل القسمة ولو كان هبة مُبْتَدَأة لم يَصِحّ مع الشّياع وكذا لا تَقِف صِحّته على القبض.

ولو كانت هبة مُبْتَدَأة لَوَقَفَ صِحَّته على القبض وكذا لو وهَبَ لإنسانٍ شيئًا ووَهَبه الموهوبُ له لآخَرَ ثم رجع الثّاني في هبَتِه كان للأوّلِ أنْ يرجعَ ولو كان هبةً مُبْتَدَأةً لم يَكُنْ له حَقّ الرُّجوع، فهذِه المَسائل تَدُلّ على أنّ الرُّجوع بغيرِ قَضاء فسخ وقال زُفَرُ أنّه هبة مُبْتَدَأة.

(وجه) قوله إنّ مِلْك الموهوب عادَ إلى الواهب بتَراضيهما فأشبَهَ الرَّدّ بالعَيْبِ فيُعْتَبر عقدًا جَديدًا في حَقّ ثالِث كالرَّدِّ بالعَيْبِ بعد القبض، والدَّليل على أنّه هبة مُبْتَدَأة ما ذَكَرَ محمّدٌ في كِتاب الهبة أنّ الموهوب له إذا زادَ الهبة في مَرَض موته أنّها تكون من الثُّلُث وهذا حُكْم الهبة المُبْتَدَأة.

(ولَنا) أنّ الواهب بالفسخِ يَسْتَوْفي حَقّ نفسه واستيفاء الحقّ لا يَتَوَقَّف على قَضاء القاضي، والدَّليل على أنّه مُسْتَوْفٍ حَقّ نفسه بالفسخِ أنّ الهبة عقد جائز موجَب حَقّ الفسخ فكان بالفسخِ مُسْتَوْفيًا ثابتًا له فلا يَقِفُ على القَضاءِ بخلافِ الرَّدِّ بالعَيْبِ بعدَ القبضِ بغيرِ قَضاءِ القاضي أنّه يُعْتَبَرُ بيعًا جديدًا في حَقّ ثالِثٍ؛ لأنّه لا حَقَّ للمُشتري في الفسخ، وإنّما حَقُّه في صِفة السَّلامة فإذا لم يَسْلَم اختَلَّ رِضاه فيَثْبُت حَقّ الفسخ ضرورة فتَوَقَّفَ لُزوم موجَب الفسخ في حَقّ ثالِث على قَضاء القاضي.

(وأمّا) ما ذَكَره محمّدٌ فمن أصحابنا مَنِ التَزَمَ وقال: هذا يَدُلّ على أنّ الرُّجوع بغيرِ قَضاء هبة مُبْتَدَأة وما ذَكَرْنا من المَسائل يَدُلّ على أنّه فسخ فكان في المسألة رِوايَتانِ ومنهم من قال هذا لا يَدُلّ على اختِلاف الرِّوايَتَيْنِ؛ لأنّه إنّما اعتُبِرَ الرَّدّ من الثُّلُث لِكَوْنِ المَريض مُتَّهَمًا في الرَّدّ في حَقّ ورَثَته فكان فسخًا فيما بين الواهب والموهوب له هبة مُبْتَدَأة في حَقّ الورَثة وهذا ليس بمُمْتَنِعٍ أنْ يكون للعقدِ الواحد حُكْمانِ مُخْتَلِفانِ كالإقالةِ فإنّها فسخ في حَقّ العاقِدَيْنِ بيعٌ جَديد في حَقّ غيرهما وإذا انفَسَخَ العقد بالرُّجوعِ عادَ الموهوب إلى قَديم مِلْك الواهب ويَمْلِكه الواهب وإنْ لم يَقْبِضه؛ لأنّ القبض إنّما يُعْتَبَر في انتِقال المِلْك لا في عَوْدِ قَديم المِلْك كالفسخِ في باب البيع، والموهوبُ بعد الرُّجوع يكون أمانة في يَد الموهوب له حتى لو هَلَك في يَده لا يَضْمَن؛ لأنّ قبض الهبة قبض غير مضمون فإذا انفَسَخَ عندها بَقيَ القبض على ما كان قبلَ ذلك أمانة غير موجِب لِلضَّمانِ فلا يَصير مضمونًا عليه إلاّ بالتَّعَدّي كسائرِ الأمانات.

ولو لم يَتَراضَيا على الرُّجوع ولا قَضى القاضي به ولَكِنِ الموهوب له وهَبَ، والموهوب للواهبِ وقَبِلَه الواهب الأوّل لا يَمْلِكه حتى يَقْبِضه وإذا قَبَضَه كان بمنزِلةِ الرُّجوع بالتّراضي أو بقَضاءِ القاضي وليس للموهوبِ له أنْ يرجعَ فيه وكذا الصّدَقة.

(أمّا) وُقوف المِلْك فيه على القبض؛ فلأنّ الموجود لَفْظ الهبة لا لَفْظ الفسخ ومِلْك الواهب لا يَزول إلاّ بالقبضِ بخلافِ ما إذا تَراضَيا على الرُّجوع أنّ الواهب يَمْلِكُه بدونِ القبض؛ لأنّ اتِّفاقهما على الرُّجوع اتّفاق على الفسخ ولا يُشترَط للفَسْخِ ما يُشترَط للعقدِ ثم إذا قَبَضَه الواهب قامَ ذلك مَقام الرُّجوع؛ لأنّ الرُّجوع مُسْتَحَقّ فتَقَع الهبة عن الرُّجوع المُسْتَحَقّ ولا تَقَع موقِع الهبة المُبْتَدَأة فلا يَصِحّ الرُّجوع فيها.

فصل [في بيان ما يرفع عقد الهبة]

وَأمّا بيان ما يَرْفَع عقد الهبة.

فالذي يَرْفَعه هو الفسخ إمّا بالإقالةِ أو الرُّجوع بقَضاءِ القاضي أو التّراضي على ما بَيّنّا، وإذا انفَسَخَ العقد يَعود الموهوب إلى قَديم مِلْكِ الواهب بنفسِ الفسخ من غير الحاجة إلى القبض لِما ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ.

* * *

كتاب الرهن



كِتَابُ الرَّهْنِ

الكَلامُ في هذا الكِتابِ يَقَعُ في مَواضِعَ:

في بيانِ رُكْنِ عقدِ الرَّهْنِ.

وفي بيانِ شَرائطِ الرُّكْنِ.

وَفي [٣/ ١٩٨ب] بيانِ حُكْمِ الرَّهْنِ.

وفي بيانِ ما يخرجُ به الرَّهْنُ عن كونِه مَرْهونًا، وما يَبْطُلُ به الرُّكْنُ وما لا يَبْطُلُ.

وفي بيانِ حُكْمِ اختِلافِ الرّاهنِ والمُرْتَهِنِ والعَدْلِ.

أمّا (رُكْنُ عقدِ الرَّهْنِ) [١] فهو الإيجابُ والقَبولُ وهو أنْ يقولَ الرّاهنُ: رَهَنْتُكَ هذا الشّيءَ بما لك عَلَيَّ من الدَّيْنِ أو يقولَ: هذا الشّيءُ رَهْنٌ بدَيْنِكَ، وما يجْري هذا المجرَى، ويقولُ المُرْتَهِنُ: ارتَهَنْتُ أو قَبِلْتُ أو رَضيتُ، وما يجْري مجراه.

فأمّا لَفظُ الرَّهنِ: فليس بشرطٍ، حتى لو اشترى شيئًا بدراهمَ و [٢]دَفَعَ إلى البائعِ ثوبًا وقال له: أمسِكْ هذا الثّوْبَ حتى أُعْطيَكَ الثّمَنَ فالثّوْبُ رَهْنٌ؛ لأنّه أتَى بمعنى العقدِ، والعِبْرةُ في [بابِ] [٣] العُقودِ للمَعاني، والله أعلم.

فصل [في تفصيل الشرائط]

وَأمّا الشّرائطُ: فأنْواعٌ بعضُها يرجعُ إلى نفسِ الرَّهْنِ، وبعضُها يرجعُ إلى الرّاهنِ والمُرْتَهِنِ، [وبعضُها يرجعُ إلى المَرْهونِ] [٤]، وبعضُها يرجعُ إلى المَرْهونِ به.

(أمّا) الذي يرجعُ إلى نفسِ الرَّهْنِ فهو: أنْ لا يكونَ مُعَلَّقًا بشرطٍ ولا مُضافًا إلى وقتٍ؛ لأنّ في الرَّهْنِ والارتِهانِ معنى الإيفاءِ والاستيفاءِ، فيُشْبِه البيعَ وأنّه لا يحتملُ التّعْليقَ بشرطٍ، والإضافةُ إلى وقتٍ كذا هذا.

(وأمّا) الذي يرجعُ إلى الرّاهنِ والمُرْتَهِنِ فعَقْلُهما، حتى لا يجوزَ الرَّهْنُ والارتِهانُ من

---

(١) في المخطوط: «ركنه».

(٢) في المخطوط: «أو».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) ليست في المخطوط.

المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يَعْقِلُ.

(فأمّا) البلوغُ فليس بشرطٍ، وكذا الحُرّيّةُ حتى يجوزَ من الصّبيِّ المَأذونِ والعبدِ المَأذونِ؛ لأنّ ذلك من تَوابعِ التِّجارةِ فيَمْلِكُه مَنْ يَمْلِكُ التِّجارةَ؛ ولأنّ الرَّهْنَ والارتِهانَ من بابِ إيفاءِ الدَّيْنِ واستيفائه وهما يَمْلِكانِ ذلك وكذا السَّفَرُ ليس بشرطٍ لِجوازِ الرَّهْنِ فيجوزُ الرَّهْنُ في السَّفَرِ والحضرِ جميعًا؛ لِما رويَ أنّ رَسولَ الله ﷺ استَقْرَضَ بالمَدينةِ من يَهوديٍّ طَعامًا ورَهَنَه به درعَه [١]، وكان ذلك رَهْنًا في الحضرِ؛ ولأنّ ما شُرِعَ له الرَّهْنُ وهو الحاجةُ إلى تَوْثيقِ الدَّيْنِ يوجَدُ في الحالينِ وهو الأمن من تَواءِ الحقِّ بالجُحودِ والإنْكارِ وتَذَكُّرُه عند السَّهْوِ والنِّسيانِ، والتّنْصيصُ على السَّفَرِ في كِتابِ الله تعالى عَزَّ وجَلَّ ليس (لِتَخْصيصِ الجوازِ) [٢] بل (هو إخْراجُ) [٣] الكَلامِ مَخْرَجَ العادةِ، كقولِه تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور:٣٣].

(وأمّا) الذي يرجعُ إلى المَرْهونِ فأنْواعٌ:

-(منها): أنْ يكونَ مَحَلًّا قابلًا للبيعِ، وهو أنْ يكونَ موجودًا وقتَ العقدِ مالاً مُطْلَقًا مُتَقَوِّمًا مملوكًا مَعْلومًا مقدورَ التّسْليمِ، ونحوُ ذلك فلا يجوزُ رَهْنُ ما ليس بموجودٍ عند العقدِ ولا رَهْنُ ما [٤] (يحتملُ الوُجودَ) [٥] والعَدَمَ، كما إذا رَهَنَ ما يُثْمِرُ نَخيلُه [٦] العامَ أو ما تَلِدُ أغْنامُه السَّنةَ أو ما في بَطْنِ هذِه الجاريةِ، ونحوُ ذلك.

ولا رَهْنُ المَيْتةِ والدَّمِ؛ لانعِدامِ ماليّتِهما، ولا رَهْنُ صَيْدِ الحرَمِ والإحرامِ؛ لأنّه مَيْتةٌ، ولا رَهْنُ الحُرِّ؛ لأنّه ليس بمالٍ أصلاً، ولا رَهْنُ أُمِّ الولَدِ والمُدَبَّرِ المُطْلَقِ والمُكاتَبِ؛ لأنّهم أحْرارٌ من وجهٍ فلا يكونونَ أموالاً مُطْلَقةً.

ولا رَهْنُ الخمْرِ والخِنْزيرِ من المسلمِ سَواءٌ كان العاقِدانِ مسلمَيْنِ أو أحدُهما مسلمٌ [٧]؛ لانعِدامِ ماليّةِ [٨] الخمْرِ والخِنْزيرِ في حَقِّ المسلمِ؛ وهذا؛ لأنّ الرَّهْنَ إيفاءُ

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب: البيوع، باب: شراء النبي ﷺ بالنسيئة، برقم (٢٠٦٨)، ومسلم، كتاب: المساقاة، باب: الرهن وجوازه في الحضر كالسفر، برقم (١٦٠٣)، من حديث عائشة رضي الله عنهما.

(٢) في المخطوط: «للتقييد به».
(٣) في المخطوط: «أخرج».
(٤) زاد في المخطوط: «هو».
(٥) في المخطوط: «محتمل للوجود».
(٦) في المخطوط: «نخله».
(٧) في المخطوط: «مسلما».
(٨) في المخطوط: «تقوم».

الدَّيْنِ والارتِهانَ استيفاؤُه، ولا يجوزُ للمسلمِ إيفاءُ الدَّيْنِ من الخمْرِ واستيفاؤُه إلاّ أنّ الرّاهنَ إذا كان ذِمّيًا، كانت الخمْرُ مضمونةً على المسلم المُرْتَهِنِ؛ لأنّ الرَّهْنَ إذا لم يَصِحّ كانت الخمْرُ بمنزِلةِ [١] المَغْصوبِ في يَدِ المسلمِ وخَمْرُ الذِّمّيِّ مضمونٌ على المسلم بالغَصْبِ، وإذا كان الرّاهنُ مسلمًا والمُرْتَهِنُ ذِمّيًا، لا تكونُ مضمونةً على [الذمي لأن خمر المسلم لا تكون مضمونة على] [٢] أحدٍ.

(وأمّا) في حَقِّ أهلِ الذِّمّةِ فيجوزُ رَهْنُ الخمْرِ والخِنْزيرِ وارتِهانُهما منهم؛ لأنّ ذلك مالٌ مُتَقَوِّمٌ في حَقِّهم بمنزِلةِ الخلِّ والشّاةِ عندَنا [٣]، ولا رَهْنُ المُباحاتِ من الصّيْدِ والحطَبِ والحشيشِ ونحوِها؛ لأنّها ليستْ بمملوكةٍ في أنْفُسِها.

(فأمّا) كونُه مملوكًا لِلرّاهنِ فليس بشرطٍ لِجوازِ الرَّهْنِ حتى يجوزَ رَهْنُ مالِ الغيرِ بغيرِ إذنِه بوِلايةٍ [٤] شرعيّةٍ، كالأبِ و [٥] الوصيِّ يَرْهَنُ مالَ الصّبيِّ بدَيْنِه و [٦] بِدَيْنِ نفسِه؛ لأنّ الرَّهْنَ لا يخلو إمّا أنْ يجْريَ مجرَى الإيداعِ، وإمّا أنْ يجْريَ مجرَى المُبادَلةِ، والأبُ يَلي كُلَّ واحدٍ [٣/ ١٩٩أ] منهما في مالِ الصّغيرِ، فإنّه يَبيعُ مالَ الصّغيرِ بدَيْنِ نفسِه، ويودِعُ مالَ الصّغيرِ فإنْ هَلك الرَّهْنُ في يَدِ المُرْتَهِنِ قبلَ أنْ يَفْتَكَّه الأبُ، هَلك بالأقلِّ من قيمَتِه ومِمّا [٧] رَهَنَ به؛ لأنّ الرَّهْنَ وقَعَ صَحيحًا وهذا حُكْمُ الرَّهْنِ الصّحيحِ وضَمن الأبُ قدرَ ما سَقَطَ من الدَّيْنِ بهَلاكِ الرَّهْنِ؛ لأنّه قَضَى دَيْنَ نفسِه بمالِ ولَدِه [٨] فيَضْمَنُ، فلو أدْرَكَ الولَدُ والرَّهْنُ قائمٌ عند المُرْتَهِنِ، فليس له أنْ يَسْتَرِدَّه قبلَ قَضاءِ القاضي [٩]؛ لِما ذَكَرْنا أنّ الرَّهْنَ وقَعَ صَحيحًا لِوُقوعِه عن وِلايةٍ شرعيّةٍ، فلا يَمْلِكُ الولَدُ نَقْضَه، ولَكِنْ يُؤمَرُ الأبُ بقَضاءِ الدَّيْنِ ورَدِّ الرَّهْنِ على ولَدِه؛ لِزَوالِ وِلايَتِه بالبلوغ.

ولو قَضَى الولَدُ دَيْنَ أبيه وافْتَكَّ الرَّهْنَ، لم يَكُنْ مُتَبَرِّعًا، ويرجعُ بجميعِ ما قَضَى على أبيه؛ لأنّه مُضْطَرٌّ إلى قَضاءِ هذا الدَّيْنِ، إذْ لا يُمْكِنُه الوُصولُ إلى مِلْكِه إلاّ بقَضاءِ الدَّيْنِ كُلِّه، فكان مُضْطَرًّا فيه، فلم يَكُنْ مُتَبَرِّعًا بل يكونُ مَأمورًا بالقَضاءِ من قِبَلِ الأبِ دَلالةً،

---

(١) في المخطوط: «في حكم».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «في حقنا».
(٤) في المخطوط: «الولاية».
(٥) في المخطوط: «أو».
(٦) في المخطوط: «أو».
(٧) في المخطوط: «وبما».
(٨) في المخطوط: «في يده».
(٩) في المخطوط: «الدين».

فكان له أنْ يرجعَ عليه بما قَضَى، كما لو استعارَ من إنسانٍ عبدَه؛ ليَرْهَنَه بدَيْنِ نفسِه فرَهَنَ، ثم إنّ المُعيرَ قَضَى دَيْنَ المُسْتَعيرِ وافْتَكَّ الرَّهْنَ أنّه يرجعُ بجميعِ ما قَضَى على المُسْتَعيرِ؛ لِما قُلْنا كذا هذا.

وَكذلك حُكْمُ الوصيِّ في جميعِ ما ذَكَرْنا حُكْمُ الأبِ، وإنّما يَفْتَرِقانِ في فصلٍ آخَرَ، وهو أنّه يجوزُ للأبِ أنْ يَرْتَهِنَ [١] مالَ الصّغيرِ بدَيْنٍ ثَبَتَ على الصّغيرِ، وإذا هَلَكَ يَهْلِكُ بالأقَلِّ من قيمَتِه ومن الدَّيْنِ، وإذا أدْرَكَ الولَدُ ليس له أنْ يَسْتَرِدَّه؛ إذا كان الأبُ يَشْهَدُ [٢] على الارتِهانِ، وإنْ كان لم يَشْهَدْ على (ذلك، لم) [٣] يُصَدَّقْ عليه بعدَ الإدْراكِ إلاّ بتَصْديقِ الولَدِ، ويجوزُ له أنْ يَرْهَنَ مالَه عند ولَدِه الصّغيرِ بدَيْنٍ لِلصَّغيرِ [٤] عليه ويَحْبِسَه لأَجلِ الولَدِ، وإذا هَلَكَ بعدَ ذلك فيُهْلِكُ [٥] بالأقَلِّ من قيمَتِه ومن الدَّيْنِ؛ إذا كان أشْهَدَ عليه قبلَ الهَلاكِ، وإنْ كان لم يَشْهَدْ عليه قبلَ الهَلاكِ، لم [٦] يُصَدَّقْ إلاّ أنْ يُصَدِّقَه الولَدُ بعدَ الإدْراكِ، والوصيُّ لو فعَلَ هذا من اليَتيمِ، لا يجوزُ رَهْنُه ولا ارتِهانُه.

أمّا على أصلِ محمّدٍ فلا يُشْكِلُ؛ لأنّه لا يَرَى بيعَ مالِ اليَتيمِ من نفسِه ولا شِراءَ مالِه لِنفسِه أصلاً، فكذلك الرَّهْنُ، وعلى قولِهما؛ إنْ كان يجوزُ البيعُ والشِّراءُ، لَكِنْ إذا كان خَيْرًا لليَتيمِ ولا خَيْرَ له في الرَّهْنِ؛ لأنّه يَهْلِكُ أبَدًا بالأقَلِّ من قيمَتِه ومن الدَّيْنِ، فلم يَكُنْ فيه خَيْرٌ لليَتيمِ فلم يجُزْ والله أعلم.

وكذلك يجوزُ رَهْنُ مالِ الغيرِ بإذنِه [٧] كما لو استَعارَ من إنسانٍ شيئًا؛ ليَرْهَنَه بدَيْنٍ على المُسْتَعيرِ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ الرَّهْنَ: إيفاءُ الدَّيْنِ وقَضاؤُه، والإنسانُ بسَبيلٍ من أنْ يَقْضيَ دَيْنَ نفسِه بمالِ غيرِه بإذنِه، ثم إذا أذِنَ المالِكُ بالرَّهْنِ فإذنُه بالرَّهْنِ لا يخلو إمّا أنْ كان مُطْلَقًا، وإمّا أنْ كان مُقَيَّدًا، فإنْ كان مُطْلَقًا فللمُسْتَعيرِ أنْ يَرْهَنَه بالقليلِ والكَثيرِ وبأيِّ جنسٍ شاء، وفي أيِّ مَكان كان ومن أيِّ إنسانٍ أرادَ؛ ولأنّ العملَ بإطْلاقِ اللَّفْظِ أصلٌ.

وإنْ كان مُقَيَّدًا بأنْ سَمَّى قدرًا أو جنسًا أو مَكانًا أو إنسانًا يَتَقَيَّدُ به، حتى لو أذِنَ له أنْ يَرْهَنَه بعَشْرةٍ، لم يجُزْ له أنْ يَرْهَنَه بأكثرَ منها ولا بأقَلَّ؛ لأنّ المُتَصَرِّفَ بإذنٍ يَتَقَيَّدُ تَصَرُّفُه

---

(١) في المخطوط: «يرهن».
(٢) في المخطوط: «أشهد».
(٣) في المخطوط: «العقد لا».
(٤) في المخطوط: «الصغير».
(٥) في المخطوط: «يهلك».
(٦) في المخطوط: «لا».
(٧) في المخطوط: «بغير إذنه».

بقدرِ الإذنِ، والإذنُ لم يَتناوَلِ الزّيادةَ، فلم يَكُنْ له أنْ يَرْهَنَ بالأكثرِ ولا بالأقَلِّ أيضًا؛ لأنّ المَرْهونَ مضمونٌ والمالِكَ إنّما جعله مضمونًا بالقدرِ، وقد يكونُ له في ذلك غَرَضٌ صَحيحٌ فكان التّقْييدُ به مُفيدًا.

وكذلك لو أذِنَ [(١)] أنْ يَرْهَنَه بجنسٍ، لم يجُزْ له أنْ يَرْهَنَه بجنسٍ آخَرَ؛ لأنّ قَضاءَ الدَّيْنِ من بعضِ الأجناس قد يكونُ أيسَرَ من بعضٍ، فكان التّقْييدُ بالجنسِ مُفيدًا وكذا إذا أذِنَ له أنْ يَرْهَنَه بالكوفةِ، لم يجُزْ له أنْ يَرْهَنَه بالبَصْرةِ؛ لأنّ التّقْييدَ بمَكانٍ دونَ مَكان مُفيدٌ، فيَتَقَيّدُ بالمَكانِ المذكورِ.

وكذا إذا أذِنَ له أنْ يَرْهَنَه من إنسانٍ بعَيْنِه، لم يجُزْ له أنْ يَرْهَنَه من غيرِه؛ لأنّ النّاسَ مُتفاوِتونَ في المُعامَلاتِ فكان التّعْيينُ مُفيدًا، فإنْ خالَفَ في شيءٍ مِمّا ذَكَرْنا، فهو ضامِنٌ لَقيمَتِه إذا هَلك؛ لأنّه تَصَرَّفَ في مِلْكِ الغيرِ بغيرِ إذنِه فصارَ غاصِبًا، وللمالِكِ أنْ يَأخُذَ الرَّهْنَ من يَدِ المُرْتَهِنِ؛ لأنّ الرَّهْنَ لم يَصِحَّ، فبَقيَ المَرْهونُ في يَدِه بمنزِلةِ المَغْصوبِ فكان له [٣/ ١٩٩ب] أنْ يَأخُذَه منه، وليس لِهذا المُسْتَعيرِ أنْ يَنْتَفِعَ بالمَرْهونِ لا قبلَ الرَّهْنِ ولا بعدَ الانفِكاكِ فإنْ فعَلَ ضَمن؛ لأنّه لم يُؤذَنْ [له] [(٢)] إلاّ بالرَّهْنِ، فإنِ انتفَعَ به قبلَ أنْ يَرْهَنَه، ثم رَهَنَه بمثلِ قيمَتِه، بَرِئَ من الضَّمانِ حينَ رَهَنَ، ذَكَرَه في الأصلِ؛ لأنّه لَمّا انتَفَعَ به فقد خالَفَ، ثم لَمّا رَهَنَه فقد عادَ إلى الوِفاقِ فيَبْرَأُ عن الضَّمانِ، كالمودِعِ إذا عادَ إلى الوِفاقِ بعدَما خالَفَ في الوديعةِ، بخلافِ ما إذا استَعارَ العَيْنَ لِيَنْتَفِعَ بها فخالَفَ، ثم عادَ إلى الوِفاقِ إنّه لا يَبْرَأُ عن الضَّمانِ؛ لأنّ المُسْتَعيرَ لِلانتِفاعِ ليستْ يَدُه يَدَ المالِكِ بل يَدَ نفسِه، حيث تَعودُ المَنْفَعةُ إليه فلم تَكُنْ بالعَوْدِ إلى الوِفاقِ رادًّا للمالِ إلى يَدِ المالِكِ، فلا يَبْرَأُ عن الضَّمانِ.

(فأمّا) المُسْتَعيرُ لِلرَّهْنِ فيَدُه قبلَ الرَّهْنِ يَدُ المالِكِ، فإذا عادَ إلى الوِفاقِ، فقد رَدَّ المالَ إلى يَدِ المالِكِ فيَبْرَأُ عن الضَّمانِ وإذا قَبَضَ المُسْتَعيرُ العاريّةَ فهَلك [(٣)] في يَدِه قبلَ أنْ يَرْهَنَه [(٤)]، فلا ضَمانَ عليه؛ لأنّه هَلك في قبضِ العاريّةِ لا في قبضِ الرَّهْنِ، وقبضُ العاريّةِ قبضُ أمانةٍ لا قبضُ ضَمانٍ، وكذلك إذا هَلك في يَدِه بعدَما افْتَكَّه من يَدِ المُرْتَهِنِ؛

---

(١) زاد في المخطوط: «له».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «فهلكت».
(٤) في المخطوط: «يرهنها».

لأنّه بالافْتِكاكِ من يَدِ المُرْتَهِنِ عادَ عاريَةً فكان الهَلاكُ في قبضِ العاريَةِ .

ولو وكَّلَ الرّاهنُ - [يَعْني المُسْتَعيرُ] [(١)] بقبضِ الرَّهْنِ من المُرْتَهِنِ - أحدًا فقَبَضَه فهَلك في يَدِ القابِضِ، فإنْ كان القابِضُ في عيالِه، لم يَضْمَنْ؛ لأنّ يَدَه كيَدِه، والمالِكُ رَضيَ بيَدِه، وإنْ لم يَكُنْ في عيالِه ضَمن؛ لأنّ يَدَه ليستْ كيَدِه فلم يَكُنِ المالِكُ راضيًا بيَدِه، وإنْ هَلك في يَدِ المُرْتَهِنِ، وقد رَهَنَ على الوجه الذي أذِنَ فيه، ضَمن الرّاهنُ للمُعيرِ قدرَ ما سَقَطَ عنه من الدَّيْنِ بهَلاكِ الرَّهْنِ؛ لأنّه قَضى دَيْنَ نفسِه من مالِ الغيرِ بإذنِه بالرَّهْنِ، إذِ الرَّهْنُ قَضاءُ الدَّيْنِ ويَتَعَذَّرُ القَضاءُ عند الهَلاكِ .

وكذلك لو دَخَلَه عَيْبٌ فسَقَطَ بعضُ الدَّيْنِ، ضَمن الرّاهنُ ذلك القدرَ؛ لأنّه قَضَى ذلك القدرَ من دَيْنِه بمالِ الغيرِ فيَضْمَنُ ذلك القدرَ، فكان المُسْتَعيرُ بمنزِلةِ رجلٍ عندَه وديعةٌ لإنسانٍ فقَضَى دَيْنَ نفسِه بمالِ [(٢)] الوديعةِ بإذنِ صاحبِها، فما قَضَى يكونُ مضمونًا عليه وما لم يَقص يكونُ أمانةً في يَدِه والله أعلم .

فإنْ عَجزَ الرّاهنُ عن الافْتِكاكِ فافتَكَّه المالِكُ، لا يكونُ مُتَبَرِّعًا ويرجعُ بجميعِ ما قَضَى على المُسْتَعيرِ . وذَكَرَ الكَرْخيُّ أنّه يرجعُ بقدرِ ما كان يَمْلِكُ الدَّيْنَ به، ولا يرجعُ بالزِّيادةِ عليه ويكونُ مُتَبَرِّعًا فيها؛ حتى لو كان المُسْتَعيرُ رَهَنَ بألفَيْنِ وقيمةُ الرَّهْنِ ألفٌ فقَضَى المالِكُ ألفَيْنِ، فإنّه يرجعُ على المُسْتَعيرِ بألفَيْنِ وعلى ما ذَكَرَه الكَرْخيُّ يرجعُ عليه بالألفِ [(٣)] .

(وجه) قولِ الكَرْخيِّ أنّ المضمونَ على المُسْتَعيرِ قدرُ الدَّيْنِ، بدَليلِ أنّه لا يَضْمَنُ عند الهَلاكِ إلاّ قدرَ الدَّيْنِ، فإذا قَضَى المالِكُ الزّيادةَ على المُقَدَّرِ، كان مُتَبَرِّعًا فيها .

(وجه) القولِ الآخَرِ أنّ المالِكَ مُضْطَرٌّ إلى [(٤)] قَضاءِ كُلِّ الدَّيْنِ الذي رَهْنَ به ماله؛ لأنّه عَلَّقَ مالَه عند المُرْتَهِنِ بحيث لا فِكاكَ له إلاّ بقَضاءِ كُلِّ الدَّيْنِ، فكان مُضْطَرًّا في قَضاءِ الكُلِّ فكان مَأذونًا فيه من قِبَلِ الرّاهنِ دَلالةً، كأنّه وكَّلَه بقَضاءِ دَيْنِه فقَضاه المُعيرُ من مالِ نفسِه ولو كان كذلك، لَرجع عليه بما قَضَى كذا هذا، وليس للمُرْتَهِنِ أنْ يَمْتَنِعَ من قبضِ الدَّيْنِ من المُعيرِ، ويُجْبَرُ على القبضِ ويُسَلِّمُ [(٥)] الرَّهْنَ إليه؛ لأنّ له وِلايةَ قَضاءِ الدَّيْنِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «من».
(٣) في المخطوط: «بألف».
(٤) في المخطوط: «في».
(٥) في المخطوط: «وتسليم».

لِتَخَلُّصِ مِلْكِه وإزالةِ العَلَقِ (١) عنه، فلا يكونُ للمُرْتَهِنِ وِلايةُ الامتِناعِ من القبضِ والتّسْليمِ.

فإنِ اختَلَفَ الرّاهنُ والمُعيرُ وقد هَلك الرَّهْنُ فقال المُعيرُ: هَلك في يَدِ المُرْتَهِنِ، وقال المُسْتَعيرُ: هَلك قبلَ أنْ أرهَنَه أو بعدَما افْتَكَّيْتُه (٢) فالقولُ (٣) قولُ الرّاهنِ مع يَمينِه؛ لأنّ الضَّمانَ إنّما وجَبَ على المُسْتَعيرِ؛ لِكَوْنِه قاضيًا دَيْنَ نفسِه من مالِ الغيرِ بإذنِه وهو يُنْكِرُ القَضاءَ فكان القولُ قولَ المُنْكِرِ والله أعلم.

ولا يجوزُ رَهْنُ المجهولِ ولا يجوزُ التّسْليمُ ونحوُ ذلك مِمّا لا يجوزُ بيعُه، والأصلُ فيه أنّ كُلَّ ما لا يجوزُ بيعُه لا يجوزُ رَهْنُه (٤)، وقد ذَكَرْنا جُمْلةَ ذلك في كِتابِ البيوعِ والله أعلم.

-(ومنها): أنْ يكونَ مقبوضَ المُرْتَهِنِ أو مَنْ يقومُ مَقامَه والكَلامُ في القبضِ في مَواضِعَ [٣/ ٢٠٠أ]:

في بيانِ أنّه شرطُ جوازِ الرَّهْنِ.

وفي بيانِ شَرائطِ صِحَّتِه.

وفي تفسيرِ القبضِ وماهيَّتِه.

وفي بيانِ أنْواعِه.

(أمّا) الأوّلُ فقد اختَلَفَ العُلَماءُ فيه قال عامّةُ العُلَماءِ: إنّه شرطٌ، وقياسُ قولِ زُفَرَ رحمه الله في الهبةِ أنْ يكونَ رُكْنًا كالقَبولِ حتى إنّ مَنْ حَلَفَ لا يُرْهِنُ فُلانًا شيئًا فرَهَنَه ولم يَقْبِضْه يَحْنَثُ عندَنا (٥)، وعندَه لا يَحْنَثُ (٦) كما في الهبةِ، والصّحيحُ قولُنا؛ لِقولِ الله تبارك وتعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة:٢٨٣] ولو كان القبضُ رُكْنًا، لَصارَ مذكورًا بذِكْرِ الرَّهْنِ فلم يَكُنْ لقوله تعالى عَزَّ شَأنُه: ﴿مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة:٢٨٣] مَعْنًى، فدَلَّ ذِكْرُ القبضِ

(١) في المخطوط: «المعلق».
(٢) في المخطوط: «افتككته».
(٣) زاد في المخطوط: «في ذلك».
(٤) في المخطوط: «تمليكه».
(٥) انظر في مذهب الأحناف: الهداية (٤/ ١٥٥٥).
(٦) ومذهب الشافعية: أن من شروط صحة الرهن القبض فلا يلزم الرهن إلا بقبضه، انظر: رحمة الأمة ص (٢٩٥).

مقرونًا بذكرِ الرَّهْنِ على أنّه شرطٌ وليس برُكْنٍ.

وقال مالكٌ رحمه الله: ليس برُكْنٍ ولا شرطٍ (١) والصّحيحُ قولُ العامّةِ؛ لِقولِه تبارك وتعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة:٢٨٣] وصَفَ سبحانه وتعالى الرَّهْنَ بكَوْنِه مقبوضًا فيَقْتَضي أنْ يكونَ القبضُ فيه شرطًا؛ صيانةً لِخَبَرِه تعالى عن الخُلْفِ؛ ولأنّه عقدُ تبرُّعٍ للحالِ فلا يُفيدُ الحُكْمَ بنفسِه كسائرِ التّبرُّعاتِ.

ولو تَعاقَدا على أنْ يكونَ الرَّهْنُ في يَدِ صاحبه، لا يجوزُ الرَّهْنُ، حتى لو هَلك في يَدِه، لا يَسْقُطُ الدَّيْنُ ولو أرادَ المُرْتَهِنُ أنْ يَقْبِضَه من يَدِه لِيَحْبِسَه رَهْنًا، ليس له ذلك؛ لأنّ هذا شرطٌ فاسدٌ أدْخَلاه في الرَّهْنِ فلم (٢) يَصِحَّ الرَّهْنُ، ولو تَعاقَدا على أنْ يكونَ في يَدِ العَدْلِ وقَبَضَه العَدْلُ، جازَ ويكونُ قبضُه كقبضِ المُرْتَهِنِ، وهذا قولُ عامّة العلماء.

وقال ابنُ ابي ليلَى: لا يَصِحُّ الرَّهْنُ إلاّ بقبضِ المُرْتَهِنِ والصّحيحُ قولُ العامّةِ؛ لِقولِه تبارك وتعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة:٢٨٣] من غيرِ فصلٍ بين قبضِ المُرْتَهِنِ والعَدْلِ؛ ولأنّ قبضَ العَدْلِ برِضا المُرْتَهِنِ قبضُ المُرْتَهِنِ مَعْنًى ولو قبضَه العَدْلُ ثم تَراضَيا على أنْ يكونَ الرَّهْنُ في يَدِ عَدْلٍ آخَرَ ووَضَعاه في يَدِه جازَ؛ لأنّه جازَ وضْعُه في يَدِ الأوّلِ لِتَراضيهما (٣)، فيجوزُ وضْعُه في يَدِ الثّاني بتَراضيهما، وكذا إذا قَبَضَه العَدْلُ ثم تَراضَيا على أنْ يكونَ في يَدِ المُرْتَهِنِ، ووَضَعاه (٤) في يَدِه [جازَ؛ لأنّه جازَ وضْعه في يَدِ الأوّلِ لِتراضيهما، فيجوزُ وضْعُهُ في يَدِ الثّاني بتَراضيهما، وكذا إذا قَبَضَه العَدْلُ ثم تَراضَيا على أنْ يكونَ في يَدِ المُرْتَهِنِ، ووَضَعا في يَدِه] (٥)؛ لأنّه جازَ وضْعُه في يَدِه في الابْتِداءِ، فكذا في الانتِهاءِ.

وكذا إذا قَبَضَه المُرْتَهِنُ أو العَدْلُ ثم تَراضَيا على أنْ يكونَ في يَدِ الرّاهنِ ووَضَعَه في يَدِه جازَ؛ لأنّ القبضَ الصّحيحَ للعقدِ قد وُجِدَ، وقد خَرَجَ الرَّهْنُ من يَدِه فبعدَ ذلك يَدُه ويَدُ الأجنبيِّ سَواءٌ.

---

(١) وفي بيان مذهب المالكية: يصح عقد الرهن من غير قبض لكن القبض شرط في صحته. انظر: المعونة (٢/ ٨٣٤).

(٢) في المخطوط: «فلا».

(٣) في المخطوط: «بتراضيهما».

(٤) في المطبوع: «ووضعا».

(٥) ليست في المخطوط.

ولو رَهَنَ رَهْنًا وسَلَّطَ عَدْلاً على بيعِه عند المَحَلِّ فلم يَقْبِضْ حتى حَلَّ الأجَلُ فالرَّهْنُ باطِلٌ؛ لأنّ صِحَّتَه بالقبضِ، والبيعُ صَحيحٌ؛ لأنّ صِحّةَ التَّوْكيلِ لا تَقِفُ صِحَّتُه على القبضِ فصَحَّ البيعُ وإنْ لم يَصِحَّ الرَّهْنُ وكذلك لو رَهَنَ مُشاعًا وسَلَّطَه [1] على بيعِه، فالرَّهْنُ باطِلٌ والوكالةُ صَحيحةٌ؛ لِما ذَكَرْنا ولو جعل عَدْلاً في الإمساكِ وعَدْلاً آخر في البيعِ جازَ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما أمرٌ مقصودٌ فيَصِحُّ إفْرادُه بالتَّوْكيلِ.

(وأمّا) بيانُ شَرائطِ صِحة الرهن فأنْواعٌ منها: أنْ يكونَ بإذنِ الرّاهنِ؛ لِما ذَكَرْنا في كتاب الهبةِ أنّ الإذنَ بالقبضِ شرطُ صِحَّتِه فيما له صِحّةٌ بدونِ القبضِ وهو البيعُ فلأَنْ يكونَ شرطا فيما لا صِحّةَ له بدونِ القبضِ أولى؛ ولأنّ القبضَ في هذا البابِ يُشْبِه الرُّكْنَ كما في كتاب الهبةِ فيُشْبِه القَبولَ، وذا لا يجوزُ من غيرِ رِضا الرّاهنِ كذا هذا.

ثم نقولُ: الإذنُ نَوعانِ: نَصٌّ، وما يجْري مجرَى النّصِّ ودَلالةً.

فالأوّلُ: نحوُ أنْ يقولَ: أذِنْتُ له [2] بالقبضِ أو رَضيت به أو اقْبِضْ، وما يجْري هذا المجرَى، فيجوزُ قبضُه سَواءٌ كان قَبَضَ في المجلِسِ أو بعدَ الافْتِراقِ استحسانًا، وقياسُ قولِ زُفَرَ في الهبةِ أنْ لا يجوزَ بعدَ الافْتِراقِ.

والثاني: نحوُ أنْ يَقْبِضَ المُرْتَهِنُ بحَضْرةِ الرّاهنِ فيَسْكُتُ ولا يَنْهاه فيَصِحُّ قبضُه استحسانًا.

وقياسُ قولِ زُفَرَ في الهبةِ أنْ لا يَصِحَّ، [كما لا يَصِحُّ] [3] بعدَ الافْتِراقِ؛ لأنّ القبضَ عندَه رُكْنٌ بمنزلةِ القَبولِ فلا يجوزُ من غيرِ إذنٍ كالقَبولِ، وصارَ كالبيعِ الصّحيحِ بل أولى؛ لأنّ القبضَ ليس بشرطٍ لَصِحَّتِه وأنّه شرطٌ لِصِحّةِ الرَّهْنِ.

(وجه) الاستحسانِ أنّه وجَدَ الإذنَ ههنا دَلالةَ الإقدامِ على إيجابِ الرَّهْنِ؛ لأنّ ذلك دَلالةُ القَصْدِ إلى إيجابِ حُكْمِه، ولا ثُبوتَ لِحُكْمِه إلاّ بالقبضِ، ولا صِحّةَ للقبضِ بدونِ الإذنِ، فكان الإقدامُ على الإيجابِ دَلالةَ الإذنِ بالقبضِ، والإقدامُ دَلالةَ الإذنِ بالقبضِ في المجلِسِ لا بعدَ الافْتِراقِ، فلم يوجَدِ الإذنُ هناك نَصًّا ودَلالةً وبخلافِ البيعِ؛ لأنّ البيعَ الصّحيحَ بدونِ القبضِ فلم يَكُنِ الإقدامُ على إيجابه دَليلَ [٣/ ٢٠٠ب] القبضِ فلا يكونُ

(١) في المخطوط: «وسلط».
(٢) في المخطوط: «لك».
(٣) ليست في المخطوط.

دَليلَ الإذنِ فهو الفرْقُ.

ولو رَهْنَ شيئًا مُتَّصِلاً بما لم يَقَعْ عليه الرَّهْنُ، كالثَّمَرِ المُعَلَّقِ على الشّجرِ ونحوِه مِمّا لا يجوزُ الرَّهْنُ فيه إلاّ بالفصلِ والقبضِ، ففُصِلَ وقُبِضَ فإنْ قُبِضَ بغيرِ إذنِ الرّاهنِ لم يجُزْ قبضُه سَواءٌ كان الفصلُ والقبضُ في المجلِسِ أو في غيرِه؛ لأنّ الإيجابَ ههنا لم يَقَعْ صَحيحًا فلا يُسْتَدَلُّ به على الإذنِ بالقبضِ [١]، وإنْ قُبِضَ بإذنِه فالقياسُ أنْ لا يجوزَ وهو قولُ زُفَرَ وفي الاستحسانِ جائزٌ بناءً على أصلٍ ذَكَرْناه في الهبةِ، واللَّه الموَفِّقُ.

-(ومنها): الحيازةُ عندَنا (فلا يَصِحُّ) [٢] قبضُ المُشاعِ [٣].

وعند الشّافعيِّ رحمه الله ليس [٤] بشرطٍ، وقبضُ المُشاعِ صَحيحٌ [٥].

(وجه) قولِه أنّ الشّياعَ لا يَقْدَحُ في حُكْمِ الرَّهْنِ ولا في شرطِه فلا يَمْنَعُ جوازَ الرَّهْنِ، ودَلالةُ ذلك أنّ حُكْمَ الرَّهْنِ عندَه: كونُ المُرْتَهِنِ أحَقَّ ببيعِ المَرْهونِ واستيفاءِ الدَّيْنِ من بَدَلِه على ما نَذْكُرُ والشُّيوعُ لا يَمْنَعُ جوازَ البيعِ [٦] وشرطُه هو القبضُ، وإنّه مُمْكِنٌ في النِّصْفِ الشّائعِ بتَخْليةِ الكُلِّ.

(ولَنا) أنّ قبضَ النِّصْفِ الشّائعِ وحْدَه لا يُتَصَوَّرُ والنِّصْفُ الآخَرُ ليس بمَرْهونٍ فلا يَصِحُّ قبضُه، وسَواءٌ كان مُشاعًا يحتملُ القسمةَ أو لا يحتملُها؛ لأنّ الشُّيوعَ يَمْنَعُ تَحَقُّقَ قبضِ الشّائعِ في النّوْعَيْنِ جميعًا، بخلافِ الهبةِ فإنّ [٧] الشُّيوعَ فيها لا يَمْنَعُ الجوازَ فيما لا يحتملُ القسمةَ؛ لأنّ المانِعَ هناك ضَمانُ القسمةِ على ما ذَكَرْنا في كِتابِ الهبةِ وأنّه يَخُصُّ المقسومَ، وسَواءٌ رَهَنَ من أجنبيٍّ [٨] أو من شريكِه على ما نَذْكُرُ إنْ شاء الله تعالى وسَواءٌ كان مُقارِنًا للعقدِ أو طَرَأ عليه في ظاهرِ الرِّوايةِ.

---

(١) في المخطوط: «والقبض».
(٢) في المخطوط: «في».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: مختصر القدوري ص (٤١)، مختصر الطحاوي ص (٩٢، ٩٣)، المبسوط (٢١/ ٦٩)، رؤوس المسائل ص (٣٧٠)، تحفة الفقهاء (٣/ ٣٨).
(٤) في المخطوط: «ليست».
(٥) وفي بيان مذهب الشافعية: أنه يجوز رهن المشاع سواء كان الرهن لشريك أو لغيره، قبل القسمة أو لم يقبلها، انظر: الأم (٣/ ١٦٨)، الحاوي الكبير (٦/ ١١، ١٤)، الوسيط (٣/ ٤٦٢)، الوجيز (١/ ١٥٩)، روضة الطالبين (٤/ ٣٨)، المنهاج ص (٥٤)، المجموع (١٢/ ٣٣٤).
(٦) في المخطوط: «القبض».
(٧) في المخطوط: «لأن».
(٨) في المخطوط: «الأجنبي».

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّ الشُّيوعَ الطّارِئَ على العقدِ لا يَمْنَعُ بَقاءَ العقدِ على الصِّحّةِ، وصورَتُه: إذا رَهَنَ شيئًا وسَلَّطَ [١] المُرْتَهِنَ أو العَدْلَ على بيعِه كيْفَ شاء مُجْتَمِعًا أو مُتَفَرِّقًا [٢]، فباع نصفَه شائعًا، أو استَحَقَّ بعضَ الرَّهْنِ شائعًا.

(وجه) رِوايةِ أبي يوسفَ أنّ حالَ البَقاءِ لا يُقاسُ على حالِ [٣] الابْتِداءِ؛ لأنّ البَقاءَ أسْهَلُ من حُكْمِ الابْتِداءِ؛ لِهذا فرَّقَ الشّرعُ بين الطّارِئِ والمُقارَنِ في كثيرٍ من الأحْكامِ، كالعِدّةِ الطّارِئةِ والإباقِ الطّارِئِ ونحوِ ذلك، فكَوْنُ [٤] الحيازةِ شرطًا في ابْتِداءِ العقدِ لا يَدُلُّ على كونِها شرطَ البَقاءِ على الصِّحّةِ.

(وجه) ظاهرِ الرِّوايةِ أنّ المانِعَ في المُقارَنِ كونُ الشُّيوعِ مانِعًا عن [٥] تَحَقُّقِ القبضِ في النِّصْفِ الشّائعِ [٦]، وهذا المعنى موجودٌ في الطّارِئِ فيَمْنَعُ البَقاءَ على الصِّحّةِ ولو رَهَنَ رجلانِ رجلًا عبدًا بدَيْنٍ له عليهما رَهْنًا واحدًا، جازَ وكان كُلُّه رَهْنًا بكُلِّ الدَّيْنِ، حتى أنّ للمُرْتَهِنِ أنْ يُمْسِكَه [٧] حتى يُسْتَوْفَى كُلُّ الدَّيْنِ، وإذا قَضَى أحدُهما دَيْنَه، لم يَكُنْ له أنْ يَأْخُذَ نَصيبَه من الرَّهْنِ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما رَهَنَ كُلَّ العبدِ بما عليه من الدَّيْنِ لا نصفَه، وإنْ كان المملوكُ منه لِكُلِّ واحدٍ منهما النِّصْفَ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ كونَ المَرْهونِ مملوكَ الرّاهنِ ليس بشرطٍ لِصِحّةِ الرَّهْنِ، فإنّه يجوزُ رَهْنُ مالِ الغيرِ (بإذنِه؛ لِما بَيَّنّا) [٨] وإقدامُهما على رَهْنِه صَفْقةً واحدةً دَلالةُ الإذنِ من كُلِّ واحدٍ منهما؛ فصارَ كُلُّ العبدِ رَهْنًا بكُلِّ الدَّيْنِ ولا استِحالةَ في ذلك؛ لأنّ الرَّهْنَ حَبسٌ، وليس يَمْتَنِعُ أنْ يكونَ العبدُ الواحدُ [٩] مَحْبوسًا بكُلِّ الدَّيْنِ، فلم يَكُنْ هذا رَهْنَ الشّائعِ فجازَ، وليس لأحدِهما أنْ يَأْخُذَ نَصيبَه من العبدِ إذا قَضَى ما عليه من الدَّيْنِ؛ لأنّ كُلَّه مَرْهونٌ بكُلِّ الدَّيْنِ، فما بَقِيَ شيءٌ من الدَّيْنِ بَقِيَ استحقاقُ الحبْسِ.

وكذلك إذا رَهَنَ رجلٌ من رجلينِ عبدًا بدَيْنٍ لهما عليه وهما شريكانِ فيه أو لا شَرِكةَ بينهما جازَ، وإذا قَضَى الرّاهنُ دَيْنَ أحدِهما، لم يَكُنْ له أنْ يَقْبِضَ شيئًا من الرَّهْنِ؛ لأنّه

---

(١) في المخطوط: «وسلطه».
(٢) في المخطوط: «مفترقا».
(٣) في المخطوط: «حالة».
(٤) في المخطوط: «فتكون».
(٥) في المخطوط: «من».
(٦) في المخطوط: «المشاع».
(٧) في المخطوط: «يمسك كله».
(٨) في المخطوط: «بغير إذنه على ما بينا».
(٩) في المخطوط: «للواحد».

رَهَنَ كُلَّ العبدِ بدَيْنِ كُلِّ واحدٍ منهما، وكُلُّ العبدِ يَصْلُحُ رَهْنًا بدَيْنِ كُلِّ واحدٍ منهما على الكَمالِ، كأنْ ليس معه غيرُه؛ لِما ذَكَرْنا وهذا بخلافِ الهبةِ من رجلينِ على أصلِ أبي حنيفةَ رحمه الله أنّها غيرُ جائزةٍ؛ لأنّ الهبةَ تمليكٌ وتمليكُ شيءٍ واحدٍ من اثنيْنِ من كُلِّ واحدٍ منهما على الكَمالِ مُحالٌ، والعاقِلُ لا يَقْصِدُ بتصَرُّفِه المُحالَ.

فأمّا الرَّهْنُ [(١)] فحَبْسٌ، ولا استِحالةَ في كونِ الشّيءِ الواحدِ مَحْبوسًا بكُلِّ واحدٍ من الدَّيْنَيْنِ فهو الفرْقُ بين الفصلينِ، غيرَ أنّه وإنْ كان مَحْبوسًا بكُلِّ واحدٍ من الدَّيْنَيْنِ [لَكِنّه] [(٢)] لا يكونُ مضمونًا إلاّ بحِصَّتِه [٣/ ٢٠١أ]، حتى لو هَلك تَنْقَسِمُ قيمَتُه على الدَّيْنَيْنِ فيَسْقُطُ من كُلِّ واحدٍ منهما بقدرِه؛ لأنّ المُرْتَهِنَ عند هَلاكِ الرَّهْنِ يَصيرُ مُسْتَوْفيًا الدَّيْنَ [(٣)] من ماليّةِ الرَّهْنِ، وأنّه [(٤)] لا يبقى لاستيفاءِ الدَّيْنَيْنِ، وليس أحدُهما بأولى من الآخَرِ فيُقْسَمُ [(٥)] عليهما، فيَسْقُطُ من كُلِّ واحدٍ منهما بقَدْرِه.

وعلى هذا [يخرجُ] [(٦)] حَبْسُ المَبيعِ بأنِ اشترى رجلانِ من رجلٍ شيئًا فأدَّى أحدُهما حِصَّتَه من الثَّمَنِ لم يَكُنْ له أنْ يَقْبِضَ شيئًا من المَبيعِ وكان للبائعِ أنْ يَحْبِسَ كُلَّه، حتى يَسْتَوْفيَ ما على الآخَرِ؛ لأنّ كُلَّ المَبيعِ مَحْبوسٌ بكُلِّ الثَّمَنِ فما بَقِيَ جُزْءٌ من الثَّمَنِ بَقِيَ استحقاقُ حَبْسِ كُلِّ المَبيعِ.

ولو رَهَنَ بَيْتًا بعَيْنِه من دارٍ أو رَهَنَ طائفةً مُعَيَّنَةً من دارٍ جازَ؛ لانعِدامِ الشُّيوعِ، وعلى هذا الأصلِ تَخْرُجُ زيادةُ الدَّيْنِ على الرَّهْنِ أنّها لا تَجوزُ عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ رحمهما الله وجُمْلةُ الكَلامِ في الزّياداتِ أنّها أنْواعٌ أربَعةٌ: زيادةُ الرَّهْنِ: وهي نَماؤُه كالولَدِ واللَّبَنِ والتّمرِ والصّوفِ وكُلِّ ما هو مُتَوَلِّدٌ من الرَّهْنِ أو في حُكْمِ المُتَوَلِّدِ منه، بأنْ كان بَدَلَ جُزْءٍ فائتٍ أو بَدَلَ ما هو في حُكْمِ [(٧)] الجُزْءِ كالأرْشِ والعُقْرِ وزيادةُ الرَّهْنِ على أصلِ الرَّهْنِ، كما إذا رَهَنَ بالدَّيْنِ جاريةً، ثم زادَ عبدًا أو غيرَ ذلك رَهْنًا بذلك الدَّيْنِ، وزيادةُ الرَّهْنِ على نَماءِ الرَّهْنِ، كما إذا رَهَنَ بالدَّيْنِ جاريةً فولَدَتْ ولَدًا، ثم ماتتِ الجاريةُ ثم زادَ رَهْنًا على الولَدِ، وزيادةُ الدَّيْنِ على الرَّهْنِ كما إذا رَهَنَ عبدًا بألفٍ، ثم إنّ (الرّاهنَ

---

(١) في المخطوط: «الراهن».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «للدين».
(٤) في المخطوط: «أنها».
(٥) في المخطوط: «فينقسم».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «معنى».

استقْرَضَ من المُرْتَهِنِ)[١] ألفًا أُخرى على أنْ يكونَ العبدُ رَهْنًا بالأوّلِ والزّيادةِ جميعًا.
أمّا زيادةُ الرَّهْنِ فمَرْهونةٌ عندَنا على معنى أنّه يَثْبُتُ (حُكْمُ الأصلِ للرهن فيها)[٢]، وهو استحقاقُ الحبْسِ على طريقِ اللُّزوم.

وعند الشّافعيِّ رحمه الله ليستْ بمَرْهونةٍ أصلاً، والمسألةُ تأتي في بيانِ حُكْمِ الرَّهْنِ إنْ شاء الله تعالى.

(وأمّا) زيادةُ الرَّهْنِ على أصل الرهن فجائزةٌ استحسانًا، والقياسُ أنْ لا يجوزَ وهو قولُ زُفَرَ رحمه الله وهو على اختِلافِ الزّيادةِ في الثّمَنِ والمُثَمَّنِ، وقد مَرَّتِ المسألةُ في كِتابِ البيوعِ.

(وأمّا) زيادةُ الرَّهْنِ على نَماءِ الرَّهْنِ بعدَ هَلاكِ الأصلِ فهي موقوفةٌ إنْ بَقيَ الولَدُ إلى وقتِ الفكاكِ، جازَتِ الزّيادةُ، وإنْ هَلك، لم تَجُزْ؛ لأنّها إذا هَلكتْ تَبَيَّنَ أنّها حَصَلَتْ بعدَ سُقوطِ الدَّيْنِ، وقيامُ الدَّيْنِ شرطُ صِحّةِ الزّيادةِ.

(وأمّا) زيادةُ الدَّيْنِ على الرَّهْنِ فهي على الاختِلافِ الذي ذَكَرْنا أنّه لا يجوزُ عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وعند أبي يوسفَ جائزةٌ.

(وجه) قولِه[٣] أنّ الدَّيْنَ في بابِ الرَّهْنِ كالثّمَنِ في بابِ البيعِ، بدَليلِ أنّه لا يَصِحُّ الرَّهْنُ إلاّ بالدَّيْنِ كما لا يَصِحُّ البيعُ إلاّ بالثّمَنِ، ثم هناك جازَتِ الزّيادةُ في الثّمَنِ والمُثَمَّنِ جميعًا، فكذا هنا تَجوزُ الزّيادةُ في الرَّهْنِ والدَّيْنِ جميعًا، والجامِعُ بين البابَيْنِ أنّ الزّيادةَ عندَنا تُلْتَحَقُ بأصلِ العقدِ، كأنّ العقدَ ورَدَ على الأصلِ والزّيادةِ جميعًا؛ فيَصيرُ كأنّه رَهَنَ بالدَّيْنِ عبدَيْنِ ابْتِداءً وذا جائزٌ، كذا هذا.

(وجه) قولِهما أنّ هذِه الزّيادةَ لو صَحّتْ، لأوجبَتِ الشُّيوعَ في الرَّهْنِ وأنّه يَمْنَعُ صِحّةَ الرَّهْنِ، ودَلالةُ ذلك أنّها لو صَحَّتْ لَصارَ بعضُ العبدِ بمُقابلَتِها فلا يخلو إمّا أنْ يَصيرَ ذلك البعضُ بمُقابَلَةِ الزّيادةِ مع بَقائه مشغولاً بالأوّلِ وإمّا أنْ يَفْرُغَ من الأوّلِ ويَصيرَ مشغولاً بالزّيادةِ ولا سَبيلَ إلى الأوّلِ؛ لأنّ المشغولَ بشيءٍ لا يحتملُ الشَّغْلَ بغيرِه، ولا سَبيلَ إلى

(١) في المخطوط: «المرتهن استقرض من الراهن».
(٢) في المخطوط: «الحكم الأصلي فيهما».
(٣) في المخطوط: «قول أبي يوسف».

الثّاني؛ لأنّه [(١)] رَهَنَ بعضَ العبدِ بالدَّيْنِ وهذا رَهْنُ المُشاعِ فلا يجوزُ، كما إذا رَهَنَ عبدًا واحدًا بدَيْنَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ لِكُلِّ واحدٍ منهما بعضُه، بخلافِ زيادةِ الرَّهْنِ على أصلِ الرَّهْنِ؛ لأنّ الزّيادةَ هناك لا تُؤَدّي إلى شُيوعِ الرَّهْنِ بل إلى شُيوعِ الدَّيْنِ؛ لأنّ قبلَ الزّيادةِ كان العبدُ بمُقابَلةِ كُلِّ الدَّيْنِ وبعدَ الزّيادةِ صارَ [كُلُّه] [(٢)] بمُقابَلةِ بعضِ الدَّيْنِ، والعبدُ والزّيادةُ بمُقابَلةِ البعضِ الآخَرِ، فيرجعُ الشُّيوعُ إلى الدَّيْنِ لا إلى الرَّهْنِ، والشُّيوعُ في الدَّيْنِ لا يَمْنَعُ صِحّةَ الرَّهْنِ وفي الرَّهْنِ يَمْنَعُ صِحَّتَه.

ألا تَرَى لو رَهَنَ عبدًا بنصفِ الدَّيْنِ جازَ، ولو رَهَنَ نصفَ العبدِ بالدَّيْنِ، لم يَجُزْ؛ لِذلك افْتَرَقَ حُكْمُ الزّيادَتَيْنِ.

ولو رَهَنَ مُشاعًا فقَسَّمَ وسَلَّمَ، جازَ؛ لأنّ العقدَ في الحقيقةِ موقوفٌ على القسمةِ والتّسليمِ بعدَ القسمةِ، فإذا وُجِدَ [(٣)]، فقد[٣/ ٢٠١ب] زالَ المانِعُ من النّفاذِ فيَنْفُذُ والله أعلم.

-(ومنها): أنْ يكونَ المَرْهونُ فارِغًا عَمّا ليس بمَرْهونٍ، فإنْ كان مشغولاً به بأنْ رَهَنَ دارًا فيها مَتاعُ الرّاهنِ وسَلَّمَ الدّارَ، أو سَلَّمَ الدّارَ مع ما فيها من المَتاعِ، أو رَهَنَ جوالِقًا دونَ ما فيه، وسَلَّمَ الجوالِقَ أو سَلَّمَه مع ما فيه، لم يجُزْ؛ لأنّ معنى القبضِ هو التّخْلِيةُ المُمْكِنةُ من التّصرُّفِ، ولا يَتَحَقَّقُ مع الشُّغْلِ.

ولو أخرَجَ المَتاعَ من الدّارِ ثم سَلَّمَها فارِغةً جازَ، ويُنْظَرُ إلى حالِ القبضِ لا إلى حالِ العقدِ؛ لأنّ المانِعَ هو الشُّغْلُ، وقد زالَ فيَنْفُذُ، كما في رَهْنِ المُشاعِ.

ولو رَهَنَ المَتاعَ الذي فيها دونَ الدّارِ، وخَلّى بينه وبين الدّارِ جازَ، بخلافِ ما إذا رَهَنَ الدّارَ دونَ المَتاعِ؛ لأنّ الدّارَ تكونُ مشغولةً بالمَتاعِ، فأمّا المَتاعُ فلا يكونُ مشغولاً بالدّارِ، فيَصِحُّ قبضُ المَتاعِ ولم يَصِحَّ قبضُ الدّارِ.

ولو رَهَنَ الدّارَ والمَتاعَ والذي فيها صَفْقةٌ واحدةٌ، وخَلّى بينه وبينهما، وهو خارجُ الدّارِ جازَ الرَّهْنُ فيهما جميعًا؛ لأنّه رَهَنَ الكُلَّ وسَلَّمَ الكُلَّ، وصَحَّ تسليمُهما جميعًا ولو فرَّقَ الصَّفْقةَ فيهما بأنْ رَهَنَ أحدَهما ثم الآخَرَ، فإنْ جمع بينهما في التّسليمِ، صَحَّ الرَّهْنُ فيهما جميعًا.

---

(١) في المخطوط: «لأن».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «وجدا».

(أمّا) في المَتاعِ فلا شَكَّ فيه؛ لِما ذَكَرْنا أنّ المَتاعَ لا يكونُ مشغولاً بالدّارِ وأمّا في الدّارِ؛ فلأنّ المانِعَ وهو الشَّغْلُ قد زالَ، وإنْ فرَّقَ بأنْ رَهَنَ أحدَهما وسَلَّمَ، ثم رَهَنَ الآخرَ وسَلَّمَ، لم يجُزِ الرَّهْنُ في الدّارِ وجازَ في المَتاعِ، سَواءٌ قَدَّمَ أو أخَّرَ، بخلافِ الهبةِ فإنّ هناك يُراعَى فيه التّرْتيبُ، إنْ قَدَّمَ هبةَ الدّارِ لم تَجُزِ الهبةُ في الدّارِ وجازَتْ في المَتاعِ، كما في الرَّهْنِ، وإنْ قَدَّمَ هبةَ المَتاعِ، جازَتِ الهبةُ فيهما جميعًا.

(أمّا) في المَتاعِ؛ فلأنّه غيرُ مشغولٍ بالدّارِ وأمّا في الدّارِ؛ فلأنّها وإنْ كانت مشغولةً وقتَ القبضِ لَكِنْ بمَتاعٍ هو مِلْكُ الموهوبِ له، فلم يَمْنَعْ صِحّةَ القبضِ، وهنا الدّارُ مشغولةٌ بمَتاعٍ هو مِلْكُ الرّاهنِ، فيَمْنَعُ صِحّةَ القبضِ فهو الفرْقُ.

ولو رَهَنَ دارًا والرّاهنُ والمُرْتَهِنُ في جَوْفِ الدّارِ فقال الرّاهنُ: سَلَّمْتُها إليكَ لم يَصِحَّ التّسْليمُ، حتى يخرجَ من الدّارِ ثم يُسَلِّمَ؛ لأنّ معنى التّسْليمِ وهو التّخْليةُ لا يَتحقَّقُ مع كونِه في الدّارِ، فلا بُدَّ من تسليمٍ جَديدٍ بعدَ الخُروجِ منها.

ولو رَهَنَ دابّةً عليها حِمْلٌ دونَ الحِمْلِ، لم يَتِمَّ الرَّهْنُ، حتى يُلْقيَ الحِمْلَ عنها ثم يُسَلِّمَها إلى المُرْتَهِنِ.

ولو رَهَنَ الحِمْلَ دونَ الدّابّةِ ودفَعَها إليه كان رَهْنًا [تامًّا في الحِمْلِ] [١]؛ لأنّ الدّابّةَ مشغولةٌ بالحِمْلِ، أمّا الحِمْلُ فليس مشغولاً بالدّابّةِ، كما في رَهْنِ الدّارِ التي فيها المَتاعُ بدونِ المَتاعِ، ورَهْنُ المَتاعِ الذي في الدّارِ بدونِ الدّارِ ولو رَهَنَ سَرْجًا على دابّةٍ أو لِجامًا [٢] في رَأسِها أو رَسَنًا في رَأسِها، فدَفَعَ إليه الدّابّةَ مع اللِّجامِ والسَّرْجِ والرَّسَنِ لم يَكُنْ رَهْنًا حتى يَنْزِعَه من رَأسِ الدّابّةِ ثم يُسَلِّمَ، بخلافِ ما إذا رَهَنَ مَتاعًا في الدّارِ؛ لأنّ السَّرْجَ ونحوَه من تَوابعِ الدّابّةِ، فلم يَصِحَّ رَهْنُها [٣] بدونِ الدّابّةِ، كما لا يَصِحُّ رَهْنُ الثّمرِ بدونِ الشّجرِ، بخلافِ المَتاعِ فإنّه ليس تبَعًا لِلدّارِ ولِهذا قالوا: لو رَهَنَ دابّةً عليها سَرْجٌ أو لِجامٌ، دَخَلَ ذلك في الرَّهْنِ بحُكْمِ التّبَعيّةِ.

وعلى هذا يخرجُ ما إذا رَهَنَ جاريةً واستَثْنَى ما في بَطْنِها، أو بَهيمةً واستَثْنَى ما في بَطْنِها أنّه لا يجوزُ الاستِثْناءُ ولا العقدُ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «لجامها».
(٣) في المخطوط: «رهنًا».

أمّا الاستِثْناءُ؛ فلأنّه لو جازَ، لَكان المَرْهونُ مشغولاً بما ليس بمَرْهونٍ وأمّا العقدُ؛ فلأنّ استِثْناءَ ما في البَطْنِ بمنزِلةِ الشّرطِ الفاسدِ، والرَّهْنُ تُبْطِلُه الشُّروطُ الفاسدةُ، كالبيعِ بخلافِ الهبةِ.

ولو أعتقَ ما في بَطْنِ جاريَتِه ثم رَهَنَ الأُمَّ أو دَبَّرَ ما في بَطْنِها، ثم رَهَنَ الأُمَّ، فالكَلامُ فيه كالكَلامِ في [1] الهبةِ، وقد مَرَّ الكَلامُ في [2] الهبةِ والله أعلم.

-(ومنها): أنْ يكونَ المَرْهونُ مُنْفَصِلاً مُتَميِّزًا عَمّا ليس بمَرْهونٍ، فإنْ كان مُتَّصِلاً به غيرَ مُتَمَيِّزٍ عنه، لم يَصِحَّ قبضُه؛ لأنّ قبضَ المَرْهونِ وحْدَه غيرُ مُمْكِنٍ، والمُتَّصِلُ به (غيرُ مَرْهونٍ) [3]، فأشبَهَ رَهْنَ المُشاعِ.

وعلى هذا الأصلِ يخرجُ ما إذا رَهَنَ الأرضَ بدونِ البِناءِ أو بدونِ الزَّرْعِ والشّجرِ، أو الزَّرْعَ والشّجرَ بدونِ الأرضِ، أو الشّجرَ بدونِ الثّمرِ أو الثّمرَ بدونِ الشّجرِ أنّه لا يجوزُ سَواءٌ سَلَّمَ المَرْهونَ بتَخْليةِ الكُلِّ أو لا؛ لأنّ المَرْهونَ [٣/ ٢٠٢أ] مُتَّصِلٌ بما ليس بمَرْهونٍ، (وهذا يَمْنَعُ) [4] صِحّةَ القبضِ.

ولو وجَدَ [5] الثّمرَ وحَصَدَ الزَّرْعَ و [6] سَلَّمَ مُنْفَصِلاً، جازَ؛ لأنّ المانِعَ من النّفاذِ قد زالَ ولو جَمع بينهما في عقدِ [7] الرَّهْنِ فرَهَنَهما جميعًا وسَلَّمَ مُتَفرِّقًا، جازَ، وإنْ فرَّقَ الصّفْقةَ بأنْ رَهَنَ الزَّرْعَ ثم الأرضَ أو الأرضَ ثم الزَّرْعَ، يُنْظَرُ إنْ جَمع بينهما في التّسْليمِ، جازَ الرَّهْنُ فيهما جميعًا، وإنْ فرّقَ لا يجوزُ فيهما جميعًا سَواءٌ قَدَّمَ أو أَخَّرَ، بخلافِ الفصلِ الأوّلِ؛ لأنّ المانِعَ في الفصلينِ مُخْتَلِفٌ، فالمانِعُ من صِحّةِ القبضِ في هذا الفصلِ هو الاتّصالُ، وأنّه لا يختَلِفُ، والمانِعُ من صِحّةِ القبضِ في الفصلِ الأوّلِ هو الشَّغْلُ وأنّه [لا] [8] يختَلِفُ.

مِثالُ هذا: [9] إذا رَهَنَ نصفَ دارِه مُشاعًا من رجلٍ ولم يُسَلِّمْ إليه حتى رَهَنَه النِّصفَ

---

(١) زاد في المخطوط: «حق».
(٢) زاد في المخطوط: «كتاب».
(٣) في المخطوط: «ليس بمرهون».
(٤) في المخطوط: «ولهذا يمتنع».
(٥) في المخطوط: «أجذ».
(٦) في المخطوط: «ثم».
(٧) في المخطوط: «صفقة».
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) زاد في المخطوط: «ما».

الباقيَ وسَلَّمَ الكُلَّ أنّه يجوزُ ولو رَهَنَ النِّصْفَ [١] وسَلَّمَ ثم رَهَنَ النِّصْفَ الباقي [٢] وسَلَّمَ، لا يجوزُ كذا هذا.

وعلى هذا إذا رَهَنَ صوفًا على ظَهْرِ غَنَمٍ [٣] بدونِ الغَنَمِ، أنّه لا يجوزُ؛ لأنّ المَرْهونَ مُتَّصِلٌ بما ليس بمَرْهونٍ، وهذا يَمْنَعُ صِحّةَ القبضِ ولو جَزَّه وسَلَّمَه، جازَ؛ لأنّ المانِعَ قد زالَ وعلى هذا أيضًا إذا رَهَنَ دابّةً عليها حِمْلٌ بدونِ الحِمْلِ، [٤] لا يجوزُ.

ولو رَفَعَ الحِمْلَ عنها [٥] وسَلَّمَها فارِغةً، جازَ؛ لِما قُلْنا، بخلافِ ما إذا رَهَنَ ما في بَطْنِ جاريَتِه أو ما في بَطْنِ غَنَمِه أو ما في ضرْعِها، أو رَهَنَ [٦] سَمْنًا في لَبَنٍ أو دُهْنًا في سِمْسِمٍ أو زَيْتًا في زَيْتونٍ أو دَقيقًا في حِنْطةٍ أنّه يَبْطُلُ، وإنْ سَلَّطَه على قبضِه عند الوِلادةِ أو عند استِخْراجِ ذلك فقَبَضَ [٧]؛ لأنّ العقدَ هناك لم يَنْعَقِدْ أصلاً؛ لِعَدَمِ المَحَلِّ؛ لِكَوْنِه مُضافًا إلى المَعْدومِ؛ ولِهذا لم يَنْعَقِدِ البيعُ المُضافُ إليها فكذا الرَّهْنُ أمّا هنا فالعقدُ مُنْعَقِدٌ موقوفٌ نَفاذُه على صِحّةِ التّسْليمِ بالفصلِ والتّمييزِ، فإذا وُجِدَ فقد زالَ المانِعُ.

ولو رَهَنَ الشّجرَ بمَواضِعِه من الأرضِ، جازَ؛ لأنّ قبضَه مُمْكِنٌ ولو رَهَنَ شَجَرًا وفيه [٨] ثَمَرٌ لم يُسَمِّه في الرَّهْنِ، دَخَلَ في الرَّهْنِ، بخلافِ البيعِ أنّه [٩] لا يدخلُ الثّمَرُ في بيعِ الشّجرِ من غيرِ تسميةٍ؛ لأنّه قَصَدَ تَصْحيحَ الرَّهْنِ، ولا صِحّةَ [١٠] بدونِ القبضِ ولا صِحّةَ للقبضِ بدونِ دُخولِ ما هو مُتَّصِلٌ به، فيدخلُ تَحْتَ العقدِ تَصْحيحًا له، بخلافِ البيعِ فإنّه يَصِحُّ في الشّجرِ بدونِ الثّمَرِ ولا ضرورةَ إلى إدْخالِ الثّمَرِ لِلتَّصْحيحِ.

ولو قال: رَهَنْتُكَ هذِه الدّارَ أو هذِه الأرضَ أو هذا الكَرْمَ، وأطْلَقَ القولَ ولم يَخُصَّ شيئًا دَخَلَ فيه كُلُّ ما كان مُتَّصِلاً به من البِناءِ والغَرْسِ؛ لأنّ ذلك يدخلُ في البيعِ مع أنّ القبضَ ليس من شرطِ صِحّتِه فلأنْ يدخلَ في الرَّهْنِ أولى، إلاّ أنّه يدخلُ فيه الزَّرْعُ والثّمَرُ ولا يدخلُ في البيعِ؛ لِما ذَكَرْنا، بخلافِ المَتاعِ أنّه لا يدخلُ في رَهْنِ الدّارِ، ويدخلُ الثّمَرُ في رَهْنِ الشّجرِ؛ لأنّ الثّمَرَ تابعٌ لِلشّجرِ والمَتاعَ ليس بتابعٍ لِلدّارِ.

(١) في المخطوط: «منه نصفها».
(٢) في المخطوط: «الثاني».
(٣) في المخطوط: «غنمه».
(٤) زاد في المخطوط: «أنه».
(٥) في المخطوط: «منها».
(٦) في المخطوط: «وهب».
(٧) في المخطوط: «يقبض».
(٨) في المخطوط: «وفيها».
(٩) في المخطوط: «لأنه».
(١٠) زاد في المخطوط: «له».

ولو استَحَقَّ بعضَ المَرْهونِ بعدَ صِحّةِ الرَّهْنِ يُنْظَرُ إلى الباقي إنْ كان الباقي بعدَ الاستحقاقِ مِمّا يجوزُ رَهْنُه ابْتِداءً، لا يَفْسُدُ الرَّهْنُ فيه، وإنْ كان مِمّا لا يجوزُ رَهْنُه ابْتِداءً، فسَدَ الرَّهْنُ في الكُلِّ؛ لأنّه لَمّا استُحِقَّ بعضُه [1] تَبَيَّنَ أنّ العقدَ لم يَصِحَّ في القدرِ المُسْتَحَقِّ، وأنّه لم يَقَعْ إلاّ على الباقي فكَأنّه رَهَنَ هذا القدرَ ابْتِداءً، فيُنْظَرُ فيه إنْ كان مَحَلًّا لابْتِداءِ الرَّهْنِ، يَبْقَى الرَّهْنُ فيه وإلاّ فيَفْسُدُ في الكُلِّ، كما لو رَهَنَ هذا القدرَ ابْتِداءً، إلاّ أنّه إذا بَقِيَ الرَّهْنُ فيه يَبْقَى بحِصَّتِه حتى لو هَلَك الباقي يهلك بحِصَّتِه من الدَّيْنِ، وإنْ كان في قيمَتِه وفاءٌ بجميعِ الدَّيْنِ ولا يَذْهَبُ جميعُ الدَّيْنِ، وإذا رَهَنَ الباقي ابْتِداءً وفيه وفاءٌ بالدَّيْنِ فهَلك، يَهْلكُ بجميعِ الدَّيْنِ، وإنْ شِئْت أنْ تَجْعَلَ الحيازةَ شرطًا مُفْرَدًا وخَرَّجْتَ المُشاعَ على هذا الأصلِ [2]؛ لأنّه مَرْهونٌ مُتَّصِلٌ بما ليس بمَرْهونٍ حَقيقةً، فكان تَخْريجُه عليه مُسْتَقيمًا فافْهَمْ.

ومنها: أهليّةُ القبضِ وهي العَقْلُ؛ لأنّه يَثْبُتُ به أهليّةُ الرُّكْنِ وهو الإيجابُ والقَبولُ فلأنْ تَثْبُتَ به أهليّةُ الشّرطِ أولى.

وأمّا تفسيرُ القبضِ فالقبضُ عِبارةٌ عن التّخَلّي: وهو التّمَكُّنُ من إثْباتِ اليَدِ وذلك بارتِفاعِ المَوانِعِ، وإنّه يَحْصُلُ بتَخْليةِ الرّاهنِ بين المَرْهونِ و[بين] [3] المُرْتَهِنِ، فإذا حَصَلَ ذلك، صارَ الرّاهنُ مسلمًا والمُرْتَهِنُ قابِضًا، وهذا [٣/ ٢٠٢ب] جوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه يُشترَطُ معه النّقْلُ والتّحْويلُ فما لم يوجَدْ؛ لا يَصيرُ قابِضًا.

وجه هذِه الرِّوايةِ أنّ القبضَ شرطُ صِحّةِ الرَّهْنِ، قال الله تبارك وتعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة:٢٨٣] ومُطْلَقُ القبضِ يَنْصَرِفُ إلى القبضِ الحقيقيِّ ولا يَتَحَقَّقُ ذلك إلاّ بالنّقْلِ، فأمّا التّخَلّي [4] فقبضٌ حُكْمًا لا حَقيقةً، فلا يُكْتَفَى به.

وجه ظاهرِ الرِّوايةِ: أنّ التّخَلّيَ [5] بدونِ النّقْلِ والتّحْويلِ قبضٌ في العُرْفِ والشّرعِ.

أمّا العُرْفُ: فإنّ القبضَ يَرِدُ على ما لا يحتملُ النّقْلَ والتّحْويلَ من الدّارِ والعَقارِ، يُقالُ: هذِه الأرضُ أو هذِه القَرْيةُ أو هذِه الوِلايةُ في يَدِ فُلانٍ فلا يُفْهَمُ منه إلاّ التّخَلّيَ [6] وهو

---

(١) في المخطوط: «نصفه».

(٢) في المخطوط: «الفصل».

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) في المخطوط: «التخلية».

(٥) في المخطوط: «التخلية».

(٦) في المخطوط: «التخلية».

التّمَكُّنُ من التّصَرُّفِ.

وامّا الشّرعُ: فإنّ التّخَلّيَ [١] في بابِ البيعِ قبضٌ بالإجماعِ من غيرِ نَقْلٍ وتَحْويلٍ دَلَّ أنّ التّخَلّيَ بدونِ النّقْلِ والتّحْويلِ قبضٌ حَقيقةً وشريعةً فيُكْتَفَى به.

وَأمّا بيانُ أنْواعِ القبضِ فنَقولُ وباللّه التّوْفيقُ: القبضُ نوعانِ: نوعٌ بطريقِ الأصالةِ، ونوعٌ بطريقِ النّيابةِ أمّا القبضُ بطريقِ الأصالةِ: فهو أنْ يَقْبِضَ الإنسان بنفسِه لِنفسِه.

وأمّا القبضُ بطريقِ النّيابةِ فنوعانِ: نوعٌ يرجعُ إلى القابِضِ، ونوعٌ يرجعُ إلى نفسِ القبضِ.

امّا الذي يرجعُ إلى القابِضِ: فنحوُ قبضِ الأبِ والوصيِّ عن الصّبيِّ، كذا قبضُ العَدْلِ يقومُ مَقامَ قبضِ المُرْتَهِنِ، حتى لو هَلك الرّهْنُ في يَدِه كان الهَلاكُ على المُرْتَهِنِ؛ لأنّ نفسَ القبضِ مِمّا يحتملُ النّيابةَ ولأنّ قبضَ الرّهْنِ قبضُ استيفاءِ الدَّيْنِ، واستيفاءُ الدَّيْنِ مِمّا يحتملُ النّيابةَ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى نفسِ القبضِ: فهو أنّ المَرْهونَ إذا كان مقبوضًا عند العقدِ فهَلْ يَنوبُ ذلك عن قبضِ الرّهْنِ؟ فالأصلُ فيه ما ذَكَرْنا في كِتابِ البيوعِ والهبةِ أنّ القابِضَيْنِ [٢] إذا تَجانَسا، نابَ أحدُهما عن الآخرِ، وإذا اختلَفا، نابَ الأعلى عن الأدْنَى، وقد بَيّنّا فِقْهَ هذا الأصلِ وفُروعِه فيما تَقدَّمَ، وإنْ شِئْتَ عَدَدْتَ الحيازةَ والفراغَ والتّمييزَ من شَرائطِ نفسِ العقدِ فقُلْتَ: ومن شَرائطِ صِحّةِ العقدِ أنْ يكونَ المَرْهونُ مَحوزًا عندَنا، وبَنَيْتَ المُشاعَ عليه، وإنْ شِئْتَ قُلْتَ ومنها: دَوامُ القبضِ عندَنا [٣].

وعند الشّافعيِّ رحمه الله ليس بشرطٍ [٤]، وبَنَيْتَ [٥] عليه المُشاعَ ولَنا في إثْباتِ هذا الشّرطِ دَليلانِ:

احدُهما: قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة:٢٨٣] أخْبَرَ الله سبحانه وتعالى أنّ المَرْهونَ مقبوضٌ، فيَقْتَضي كونَه مقبوضًا ما دامَ مَرْهونًا؛ لأنّ إخْبارَه سبحانه وتعالى لا

---

(١) في المخطوط: «التخلية».
(٢) في المخطوط: «القبضين».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: تحفة الفقهاء (٢/ ٣٨)، الهداية مع البناية (٧/ ٥٨٠، ٥٨١).
(٤) ومذهب الشافعية: أن استدامة القبض ليس بحق للمرتهن، انظر: الأم (٣/ ١٤٠)، المجموع مع المهذب (١٣/ ١٩٢)، حلية العلماء (٤/ ٤٢٢).
(٥) في المخطوط: «ويثبت».

يحتملُ [الخُلْفَ] (١)، والشُّيوعُ يَمْنَعُ دَوامَ القبضِ فيَمْنَعُ صِحّةَ الرَّهْنِ.

والثاني: أنّ الله تبارك وتعالى سَمّاه رَهْنًا، وكذا يُسَمَّى رَهْنًا في مُتَعارَفِ اللُّغةِ والشّرعِ، والرَّهْنُ: حَبْسٌ في اللُّغةِ، قال الله تبارك وتعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر:٣٨] أي حَبيسةٌ بكَسْبِها، فيَقْتَضي أنْ يكونَ مَحْبوسًا ما دامَ مَرْهونًا، والشّياعُ يَمْنَعُ دَوامَ الحبْسِ فيَمْنَعُ جوازَ الرَّهْنِ.

وسَواءٌ كان فيما (٢) يحتملُ القسمةَ أو فيما لا يحتملُها (٣)؛ لأنّ الشُّيوعَ يَمْنَعُ إدامةَ القبضِ فيهما جميعًا، وسَواءٌ كان الشُّيوعُ مُقارَنًا أو طارِئًا في ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأنّ كُلَّ ذلك يَمْنَعُ دَوامَ القبضِ، وسَواءٌ كان الرَّهْنُ من أجنَبيٍّ أو من شريكِه؛ لأنّه لو جازَ، لَأمسَكَه الشَّريكُ يومًا بحُكْمِ المِلْكِ ويومًا بحُكْمِ الرَّهْنِ، فتختلفُ جِهةُ القبضِ والحبْسِ فلا يَدومُ القبضُ والحبْسُ من حيث المعنى، ويَصيرُ كأنّه رَهَنَه يومًا، ويومًا لا، وذا لا يجوزُ كذا هذا وعلى هذا أيضًا يخرجُ رَهْنُ ما هو مُتَّصِلٌ بعَيْنٍ (٤) ليس بمَرْهونٍ؛ لأنّ اتِّصالَه بعَيْنِ (٥) المَرْهونِ يَمْنَعُ من إدامةِ القبضِ عليه وأنّه شرطُ جوازِ الرَّهْنِ.

ومنها: أنْ يكونَ فارِغًا عما ليس بمَرْهونٍ.

ومنها: أنْ يكونَ مُنْفَصِلاً مُمَيَّزًا عَمّا ليس بمَرْهونٍ، وخَرَجَتْ على (٦) كُلِّ واحدٍ منهما مَسائلُه التي ذَكَرْنا فافْهَمْ.

(وأمّا) الذي يرجعُ إلى المَرْهونِ به فأنْواعٌ أيضا:

منها: أنْ يكونَ مضمونًا، والكَلامُ في هذا الشّرطِ يَقَعُ في موضِعَيْنِ:

احدهما: في أصلِ اشْتِراطِ الضَّمانِ.

والثاني: في صِفةِ المضمونِ.

أمّا الأوّلُ فأصلُ الضَّمانِ هو كونُ المَرْهونِ به مضمونًا شرطُ جوازِ الرَّهْنِ؛ لأنّ المَرْهونَ عندَنا مضمونٌ بمعنى سُقوطِ الواجبِ عند هَلاكِه، أو بمعنى استيفاءِ الواجبِ، ولَسْنا نَعْني بالمضمونِ سِوَى أنْ يكونَ واجبَ [٣/ ٢٠٣أ] التّسْليمِ على الرّاهنِ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «مما».
(٣) في المخطوط: «يحتمل القسمة».
(٤) في المخطوط: «بغير ما».
(٥) في المخطوط: «بغير».
(٦) في المخطوط: «عن».

والمضمونُ نوعانِ: دَيْنٌ، وعَيْنٌ.

أمَّا الدَّيْنُ: فيجوزُ الرَّهْنُ (١) بأيِّ سببٍ وجَبَ من الإتْلافِ والغَصْبِ والبيعِ ونحوِها؛ لأنّ الدُّيونَ كُلَّها واجبةٌ على اختِلافِ أسْبابِ وُجوبِها، فكان الرَّهْنُ بها رَهْنًا بمضمونٍ فيَصِحُّ، وسَواءٌ كان مِمّا يحتملُ الاستِبْدالَ قبلَ القبضِ أو لا يحتملُه، كرَأسِ مالِ السَّلَمِ وبَدَلِ الصَّرْفِ والمُسَلَّمِ فيه، وهذا عند أصحابِنا الثّلاثةِ.

وقال زُفَرُ: لا يجوزُ الرَّهْنُ بهذِه الدُّيونِ.

وجه قولِه أنّ سُقوطَ الدَّيْنِ عند هَلاكِ الرَّهْنِ بطريقِ الاستِبْدالِ، على معنى أنّ عَيْنَ الدَّيْنِ (٢) تَصيرُ بَدَلاً عن الدَّيْنِ لا بطريقِ الاستيفاءِ؛ لأنّ الاستيفاءَ لا يَتَحقَّقُ إلاّ عند المُجانَسةِ، والرَّهْنُ مع الدَّيْنِ يكونانِ مُخْتَلِفَي الجنسِ عادةً، فلا يمكن القولُ بالسُّقوطِ بطريقِ الاستيفاءِ، فتَعَيَّنَ أنْ يكونَ بطريقِ الاستِبْدالِ فيختَصُّ جوازُ الرَّهْنِ بما يحتملُ الاستِبْدالَ، وهذِه الدُّيونُ كما لا يجوزُ استِبْدالُها فلا يجوزُ الرَّهْنُ بها.

(ولَنا) أنّ السُّقوطَ بطريقِ الاستيفاءِ؛ لِما نَذْكُرُ في حُكْمِ الرَّهْنِ إنْ شاء الله تعالى واستيفاءُ هذِه الدُّيونِ مُمْكِنٌ.

وأمّا قولُه: الاستيفاءُ يَسْتَدْعي المُجانَسةَ قُلْنا: المُجانَسةُ ثابِتةٌ من وجهٍ؛ لأنّ الاستيفاءَ يَقَعُ بماليّةِ الرَّهْنِ لا بصورَتِه، والأموالُ كُلُّها فيما يرجعُ إلى معنى الماليّةِ جنسٌ واحدٌ، وقد يَسْقُطُ اعتِبارُ المُجانَسةِ من حيث الصّورة، ويُكْتَفَى بمُطْلَقِ الماليّةِ للحاجةِ والضَّرورةِ، كما في إتْلافِ ما لا مثلَ له من جنسِه، وقد تَحقَّقَتِ الضَّرورةُ في بابِ الرَّهْنِ؛ لِحاجةِ النّاس إلى تَوْثيقِ دُيونِهم في جانِبِ الاستيفاءِ، فأمكَنَ القولُ بالاستيفاءِ، وإذا جازَ الرَّهْنُ بهذِه الدُّيونِ فإنْ هَلك الرَّهْنُ في المجلِسِ، تَمَّ الصَّرْفُ والسَّلَمُ؛ لأنّه صارَ مُسْتَوْفيًا عَيْنَ حَقِّه في المجلِسِ لا مُسْتَبْدِلاً، وإنْ لم يَمْلِكْ حتى افْتَرَقا، بَطَلا؛ لِفَواتِ شرطِ البَقاءِ على الصِّحّةِ وهو القبضُ في المجلِسِ.

وأمّا العَيْنُ فنقولُ: لا خلافَ في أنّه لا يجوزُ الرَّهْنُ بالعَيْنِ التي هي أمانةٌ في يَدِ المرتهن، كالوديعةِ والعاريّةِ ومالِ المُضارَبةِ والبِضاعةِ والشَّركةِ والمُسْتَأجَرِ ونحوِها، فإنّها (٣)

---

(١) زاد في المخطوط: «به».

(٢) في المخطوط: «الرهن».

(٣) في المخطوط: «لأنها».

ليستْ بمضمونةٍ أصلاً.

وأمّا العَيْنُ المضمونةُ فنوعانِ: نوعٌ هو مضمونٌ بنفسِه، وهو الذي يجبُ مثلُه عند هَلاكِه إنْ كان له مثلٌ، وقيمَتُه إنْ لم يَكُنْ له مثلٌ، كالمَغْصوبِ في يَدِ الغاصِبِ، والمَهْرِ في يَدِ الزَّوْجِ، وبَدَلِ الخُلْعِ في يَدِ المَرْأةِ، وبَدَلِ الصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ في يَدِ العاقِلةِ، ولا خلافَ في أنّه يجوزُ الرَّهْنُ به، وللمُرْتَهِنِ أنْ يَحْبِسَ الرَّهْنَ حتى يَسْتَرِدَّ العَيْنَ، فإنْ هَلك [المَرْهونُ] (١) في يَدِه قبلَ استِرْدادِ العَيْنِ والعَيْنُ قائمةٌ يُقالُ لِلرّاهنِ: سَلِّم العَيْنَ إلى المُرْتَهِنِ، وخُذْ منه الأقَلَّ من قيمةِ الرَّهْنِ ومن الدَّيْنِ؛ لأنّ المَرْهونَ عندَنا مضمونٌ بذلك، فإذا وصَلَ إليه العَيْنُ، يجبُ عليه رَدُّ قدرِ المضمونِ إلى الرّاهنِ، فإنْ هَلكتِ العَيْنُ والرَّهْنُ قائمٌ، صارَ الرَّهْنُ بها رَهْنًا بقيمَتِها، حتى وإنْ هَلك الرَّهْنُ بعدَ ذلك، يَهْلِكُ مضمونًا بالأقَلِّ من قيمَتِه و (٢) قيمةِ العَيْنِ؛ لأنّ قيمةَ العَيْنِ بَدَلُها، وبَدَلُ الشّيءِ قائمٌ مَقامَه كأنّه هو.

وأمّا الذي هو مضمونٌ بغيرِه لا بنفسِه، كالمَبيعِ في يَدِ البائعِ ليس هو مضمونًا بنفسِه، ألا تَرَى أنّه لو هَلك في يَدِه، لا يَضْمَنُ شيئًا، بل هو مضمونٌ بغيرِه وهو الثّمَن حتى يَسْقُطَ الثّمَنُ عن المُشترَى إذا هَلك، فهَلْ يجوزُ الرَّهْنُ به؟ ذَكَرَ في كِتابِ الصَّرْفِ أنّه يجوزُ، وله أنْ يَحْبِسَه حتى يَقْبِضَ المَبيعَ، وإنْ هَلك في يَدِه قبلَ القبضِ، يَهْلِكُ بالأقَلِّ من قيمَتِه ومن قيمةِ المَبيعِ، ولا يَصيرُ قابِضًا للمَبيعِ بهَلاكِه، وله أنْ يَقْبِضَ المَبيعَ إذا أوفَى ثَمَنَه، وعليه أيضًا ضَمانُ الأقَلِّ بهَلاكِ الرَّهْنِ في يده ولو هَلك المَبيعُ قبلَ القبضِ والرَّهْنُ قائمٌ، بَطَلَ البيعُ؛ لأنّ إهلاكَ المَبيعِ قبلَ القبضِ يوجِبُ بُطْلانَ البيع، وعلى المُشتري أنْ يَرُدَّ الرَّهْنَ على البائعِ.

ولو هَلك في يَدِه قبلَ الرَّدِّ، هَلك بضَمانِه وهو الأقَلُّ من قيمَتِه ومَنْ قيمةِ المَبيعِ للبائعِ، ولا يَبْطُلُ ضَمانُه بهَلاكِ المَبيعِ وبُطْلانِ البيعِ؛ لأنّه وإنْ هَلك المَبيعُ، فقد سَقَطَ الثّمَنُ بمُقابَلَتِه فكان بُطْلانُه بعِوَضٍ، فلا (٣) يَبْطُلُ ضَمانُه ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنّه لا يَصِحُّ الرَّهْنُ، وبه أخذ الكَرْخيُّ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زاد في المخطوط: «من».
(٣) في المخطوط: «فلم».

وجه رِوايةِ الحسَنِ [٣/ ٢٠٣ب] أنّ قبضَ الرَّهْنِ قبضُ استيفاءِ المَرْهونِ، ولا يَتحَقَّقُ معنى الاستيفاءِ في المضمونِ بغيرِه؛ لأنّ المُشتريَ لا يَصيرُ مُسْتَوْفيًا شيئًا بهَلاكِ الرَّهْنِ، إنّما يَسْقُطُ عنه الثّمَنُ لا غيرُ.

(وجه) ظاهرِ الرِّوايةِ أن الاستيفاء ههنا يَحْصُلُ من حيث المعنى؛ لأنّ المَبيعَ قبلَ القبضِ إنْ لم يَكُنْ مضمونًا بالقيمةِ فهو مضمونٌ بالثّمَنِ.

ألا تَرَى أنّه لو هَلك، يَسْقُطُ الثّمَنُ عن المُشتري، فكان سُقوطُ الثّمَنِ عنه كالعِوَضِ عن هَلاكِ المَبيعِ فيَحْصُل مُسْتَوْفيًا ماليّةَ المَبيعِ من الرَّهْنِ من حيث المعنى، فكان في معنى المضمونِ بنفسِه فيَصِحُّ الرَّهْنُ به.

ولو تزوّجَ امرأةً على دراهمَ بعَيْنِها، أو اشترى شيئًا بدراهمَ بعَيْنِها فأعطَى بها رَهْنًا لم يجُزْ عند أصحابِنا الثّلاثةِ رضي الله عنهم، وعند زُفَرَ يجوزُ؛ بناءً على أنّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ لا تَتعَيَّنُ في عُقودِ المُعاوَضاتِ، وإنْ عُيِّنَتْ فكان الواجبُ على الرّاهنِ مثلُها لا عَيْنُها، فلم يَكُنِ المُعَيَّنُ مضمونًا؛ فلم يجُزِ الرَّهْنُ به، وعندَه يُتَعَيَّنُ بالتّعْيينِ بمنزِلةِ العِوَضِ [١] فكان المُعَيَّنُ [٢] مضمونًا؛ فجازَ الرَّهْنُ به، ولا يجوزُ الرَّهْنُ بالكَفالةِ بالنّفْسِ؛ لأنّ المَكْفولَ به ليس بمضمونٍ على الكَفيلِ، ألا تَرَى أنّه لو هَلك، لا يجبُ (على الرّاهنِ) [٣] شيءٌ ولا يَسْقُطُ عن المُرْتَهِنِ [بمُقابَلَتِه ولا يجوزُ الرَّهْنُ بالشُّفْعةِ؛ لأنّ الشُّفْعةَ ليستْ بمضمونةٍ على المُشتري، بدَليلِ أنّه لو هَلك، لا يجبُ عليه شيءٌ ولا يَسْقُطُ عن المُرْتَهِنِ] [٤] شيءٍ بمُقابَلَتِه، فكان رَهْنًا بما ليس بمضمونٍ؛ فلم يجُزْ.

ولا يجوزُ الرَّهْنُ بالعبدِ الجاني والعبدِ المَدْيونِ؛ لأنّه لو هَلك، لا يجبُ على المولى شيءٌ، ولا يَسْقُطُ عن المُرْتَهِنِ شيءٌ بمُقابَلَتِه، فلم يَكُنْ مضمونًا أصلاً فلا يَصِحُّ الرَّهْنُ به، ولا يجوزُ الرَّهْنُ بأُجْرةِ النّائحةِ والمُغَنّيةِ، بأنِ استَأجَرَ مُغَنّيةً أو نائحةً أو [٥] أعطاهما بالأُجْرةِ رَهْنًا؛ لأنّ الإجارةَ لم تَصِحَّ فلم تَجِبِ الأُجْرةُ، فكان رَهْنًا بما ليس بمضمونٍ، فلم يجُزْ.

---

(١) في المخطوط: «العروض».
(٢) في المخطوط: «العين».
(٣) في المخطوط: «عليه».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «و».

ولو دَفَعَ إلى رجلٍ رَهْنًا ليُقْرِضَه فهَلك الرَّهْنُ قبلَ أنْ يُقْرِضَه يَهْلِكُ مضمونًا بالأقَلِّ من قيمَتِه ومِمّا سَمَّى في [١] القَرْضِ، وإنْ حَصَلَ الارتِهانُ بما ليس بمضمونٍ لَكِنّه في حُكْمِ المضمونِ؛ لأنّه قَبَضَ الرَّهْنَ ليُقْرِضَه فكان قبضُ الرَّهْنِ على جِهةِ الضَّمانِ، والمقبوضُ على جِهةِ شيءٍ كالمقبوضِ على حَقيقَتِه في الشّرعِ، كالمقبوضِ على سَوْمِ الشِّراءِ والله أعلم.

-(وأمّا) صِفةُ المضمونِ فنوعانِ:

-(أحدُهما): مُتّفَقٌ عليه.

-(والثاني) [٢]: مُخْتَلَفٌ فيه.

أمّا المُتّفَقُ عليه: هو أنْ يكونَ مضمونًا في الحالِ، فلا يَصِحُّ الرَّهْنُ مِمّا يَصيرُ مضمونًا في الثّاني، كالرَّهْنِ بالدَّرَكِ بأنْ باع شيئًا وقَبَضَ الثّمَنَ وسَلَّمَ المَبيعَ إلى المُشتري، فخافَ المُشتري الاستحقاقَ فأخذ بالثّمَنِ [٣] من البائعِ رَهْنًا قبلَ الدَّرَكِ لا يجوزُ؛ حتى لا يَمْلِكَ الحبْسَ، سَواءٌ وُجِدَ الدَّرَكُ أو لـم يوجَدْ، ولو هَلك يَهْلِكُ أمانةً سَواءٌ وُجِدَ الدَّرَكُ أو لـم يوجَدْ، وكذا لو ارتَهَنَ بما يَثْبُتُ له على الرّاهنِ في المُسْتَقْبَلِ، لا يجوزُ، بخلافِ الكَفالةِ فإنّ الكَفالةَ بما يَصيرُ مضمونًا في الثّاني جائزةٌ، كما إذا كفَلَ بما يَذوبُ له على فُلانٍ ونحوُ ذلك؛ لأنّ الارتِهانَ استيفاءٌ من وجهٍ للحالِ، ولا شيءَ للحالِ يُسْتَوْفَى، واستيفاءُ المَعْدومِ مُحالٌ بخلافِ الكَفالةِ؛ ولأنّ الرَّهْنَ والارتِهانَ لَمّا كان من بابِ الإيفاءِ والاستيفاء أشْبَهَ البيعَ فلا يحتملُ الإضافةَ إلى المُسْتَقْبَلِ كالبيعِ؛ ولأنّ القياسَ يَأبَى جوازَهما جميعًا؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما يَسْتَدْعي مضمونًا، إلاّ أنّ الجوازَ في الكَفالةِ؛ لِتَعامُلِ النّاس، ولا تَعامُلَ في الرَّهْنِ، فيَبْقَى الأمرُ فيه على أصلِ القياس، وبخلافِ ما إذا دَفَعَ إلى إنسانٍ رَهْنًا ليُقْرِضَه أنّ الرَّهْنَ يكونُ مضمونًا، وإنْ كان ذلك رَهْنًا بما ليس بمضمونٍ في الحالِ؛ لأنّ له حُكْمَ المضمونِ، وإنْ لـم يَكُنْ مضمونًا حَقيقةً؛ لِوُجودِ القبضِ على جِهةِ الضَّمانِ، والمقبوضُ على جِهةِ شيءٍ بمنزلةِ المقبوضِ على حقيقته [٤]، كالمقبوضِ على سَوْمِ الشِّراءِ ولـم يوجَدْ هنا ولو قال لآخَرَ: ضَمنتُ لك مالك على فُلانٍ إذا حَلَّ، يجوزُ أخْذُ

---

(١) في المخطوط: «من».

(٢) في المخطوط: «والآخر».

(٣) في المخطوط: «الثمن».

(٤) في المطبوع: «حَقيقة».

(الكَفيلِ الرَّهْنَ) [١] به.

ولو قال: إذا قَدِمَ فُلانٌ فأنا ضامِنٌ مالك عليه، لم يجُزْ أخْذُ الرَّهْنِ به، ويجوزُ أخْذُ الكَفيلِ، والفرْقُ أنّ في المسألةِ الأولى الكَفالةَ والرَّهْنَ على كُل واحدٍ منها أُضيفَ إلى مضمونٍ في الحالِ؛ لأنّ الدَّيْنَ المُؤَجَّلَ واجبٌ قبلَ حُلولِ الأجَلِ على طريقِ التَّوَسُّعِ، وإنّما تأثيرُ (التّأجيلِ في تأخيرِ) [٢] المُطالَبةِ، بخلافِ الرَّهْنِ بضَمانِ الدَّرَكِ؛ لأنّه لا مضمونَ هنالِكَ للحالِ ولا ما له حُكْمُ المضمونِ، بخلافِ ما إذا قال: إذا قَدِمَ فُلانٌ فأنا [٣/ ٣٠٤أ] ضامِنٌ مالك عليه؛ لأنّ ذلك تَعْليقُ الضَّمانِ (بقُدومِ فُلانٍ) [٣]، فكان عَدَمًا قبلَ وُجودِ الشّرطِ، فلم توجَدِ الإضافةُ إلى مضمونٍ للحالِ؛ فبَطَلَ الرَّهْنُ وصَحَّتِ الكَفالةُ؛ لأنّها لا تستَدْعي مضمونًا (في الحالِ) [٤] بل في الجُمْلةِ على ما مَرَّ.

وأمّا المُخْتَلَفُ فيه فهو أنّ الشّرطَ كونُه مضمونًا ظاهرًا أو باطِنًا، أو كونُه مضمونًا من حيث الظّاهرُ يَكْفي لِجوازِ [٥] الرَّهْنِ.

ذَكَرَ محمّدٌ في الجامِعِ ما يَدُلُّ على أنّ كونَه مضمونًا في الظّاهرِ كافٍ، ولا يُشترَطُ كونُه مضمونًا حَقيقةً، فإنّه قال: إذا ادَّعَى على رجلٍ (ألفًا وهي قَرْضٌ عليه) [٦]، فجَحَدَها المُدَّعَى عليه، ثم إنّه صالَحَ المُدَّعَى من ذلك على خمسِمِائةٍ وأعطاه بها رَهْنًا يُساوي خمسَمِائةٍ، ثم تَصادَقا على أنّ ذلك المالَ كان باطِلًا، وأنّه لم يَكُنْ للمُدَّعَى عليه بشيءٍ [٧]، ثم هَلَك الرَّهْنُ في يَدِه كان على المُرْتَهِنِ أنْ يَرُدَّ على الرّاهنِ خمسَمِائةٍ؛ لأنّ الدَّيْنَ كان ثابِتًا على الرّاهنِ من حيث الظّاهر.

ألا تَرَى أنّهما لو اختَصَما إلى القاضي قبلَ أنْ يَتَصادَقا، أنّ القاضيَ يُجْبِرُ المُدَّعَى عليه على إيفاءِ الخَمْسِمِائةِ، فكان هذا رَهْنًا بما هو مضمونٌ ظاهرٌ [٨] فيَصِحُّ، يَدُلُّ عليه أنّ الرَّهْنَ بجِهةِ الضَّمانِ جائزٌ على ما ذُكِرَ؛ فلأنْ يجوزَ بالضَّمانِ الثّابِتِ من حيث الظّاهر أولى.

---

(١) في المخطوط: «الرهن والكفيل».
(٢) في المخطوط: «الأجل في تاخر».
(٣) في المخطوط: «بشرط القدوم».
(٤) في المخطوط: «للحال».
(٥) في المخطوط: «لصحة».
(٦) في المخطوط: «ألف درهم قرضا».
(٧) في المخطوط: «شيء».
(٨) في المخطوط: «ظاهرًا».

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه لا يَضْمَنُ شيئًا؛ لأنّهما لَمّا تَصادَقا على أنّه لم يَكُنْ عليه شيءٌ تَبَيَّنَ أنّ الرَّهْنَ حَصَلَ بما ليس بمضمونٍ أصلاً، فلم [1] يَصِحَّ، وكذا ذَكَرَ في الجامِعِ إذا اشترى من رجلٍ عبدًا بألفِ درهَم، وقَبَضَ العبدَ وأعطاه بالألفِ رَهْنًا يُساوي ألفًا، فهَلَك الرَّهْنُ عند المُرْتَهِنِ ثم قامَتِ البَيِّنةُ على أنّ العبدَ حُرٌّ أو استُحِقَّ العبدُ من يَدِه يَهْلِكُ مضمونًا؛ لأنّ الألفَ (كانت مضمونةً) [2] على الرّاهنِ ظاهرًا فقد حَصَلَ الارتِهانُ بدَيْنٍ مضمونٍ عليه من حيث الظّاهر فجازَ، وكذا لو اشترى شاةً مذبوحةً بعَشَرةِ دراهمَ، أو اشترى دَنًّا من خَلٍّ أو أعطاه بالثّمَنِ رَهْنًا فهَلك الرَّهْنُ، ثم عَلِمَ أنّ الشّاةَ مَيْتةٌ والخلَّ خَمْرٌ فالرَّهْنُ مضمونٌ؛ لِما قُلْنا وكذا لو قَتَلَ عبدَ إنسانٍ خَطَأً، وأعطاه بقيمَتِه رَهْنًا، ثم عَلِمَ أنّ العبدَ حُرٌّ كان المَرْهونُ مضمونًا بالأقَلِّ من قيمَتِه ومن قيمةِ العبدِ؛ لِما ذَكَرْنا.

وعلى قياس ما رويَ عن أبي يوسفَ يَنْبَغي أنْ لا يَضْمَنَ في هذِه المَسائلِ أيضًا؛ لأنّه تَبَيَّنَ أنّ الارتِهانَ حَصَلَ بما ليس بمضمونٍ حَقيقةً فلم يَصِحَّ.

ولو ادَّعى المُسْتَوْدَعُ أو المُضارِبُ هَلاكَ الوديعةِ أو المُضارَبةِ، وادَّعى رَبُّ المالِ عليهما الاستِهْلاكَ، وتَصالَحا على مالٍ وأخذ رَبُّ المالِ بالمالِ رَهْنًا من المُسْتَوْدَعِ، فهَلك عندَه، ثم تَصادَقا [على] [3] أنّ الوديعةَ هَلكتْ عندَه يَضْمَنُ المُرْتَهِنُ عند محمّدٍ، وعند أبي يوسفَ لا يَضْمَنُ، وهذا الاختِلافُ بناءً على اختِلافِهما في صِحّةِ الصُّلْحِ، فعندَ محمّدٍ لَمّا صَحَّ [4] الصُّلْحُ كان رَهْنًا بمضمونٍ من حيث الظّاهر فيَصِحُّ، وعند أبي يوسفَ لَمّا لم يَصِحَّ فقد حَصَلَ الرَّهْنُ بما ليس بمضمونٍ حَقيقةً فلم يَصِحَّ.

-(ومنها)، أنْ يكونَ مُحْتَمَلاً لِلاستيفاءِ من الرَّهْنِ فإنْ لم يحتملْ، لم يَصِحَّ الرَّهْنُ به؛ لأنّ الارتِهانَ استيفاءٌ.

وعلى هذا يخرجُ الرَّهْنُ بالقِصاصِ في النّفْسِ وما دونَها أنّه لا يجوزُ؛ لأنّه لا يُمْكِنُ استيفاءُ القِصاصِ من الرَّهْنِ، ويجوزُ الرَّهْنُ بأرشِ الجِنايةِ؛ لأنّ الاستيفاءَ [5] من الرَّهْنِ مُمْكِنٌ فصَحَّ الرَّهْنُ به.

---

(١) في المخطوط: «فلا».

(٢) في المخطوط: «كان مضمونًا».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «لم يصح».

(٥) في المخطوط: «استيفاءه».

وعلى هذا أيضًا يخرجُ الرَّهْنُ بالشُّفْعةِ أنّه لا يَصِحُّ ؛ لأنّ حَقَّ الشُّفْعةِ لا يحتملُ الاستيفاءَ من الرَّهْنِ؛ فلم يَصِحَّ الرَّهْنُ به.

وعلى هذا أيضًا يخرجُ الرَّهْنُ بالكَفالةِ بالنّفْسِ فإنّه لا يجوزُ؛ لأنّ المَكْفولَ به مِمّا لا يحتملُ الاستيفاءَ من الرَّهْنِ.

فصل [في حكم الرهن]

وَأمّا حُكْمُ الرَّهْنِ فنقولُ وباللّه التّوْفيقُ: الرَّهْنُ نوعانِ: صَحيحٌ وفاسدٌ، أمّا الأوّلُ [١] فلَه أحْكامٌ بعضُها يَتَعَلَّقُ بحالِ قيامِ المَرْهونِ وبعضُها يَتَعَلَّقُ بحالِ هَلاكِه.

(أمّا) الذي يَتَعَلَّقُ بحالِ قيامِه [٢] فعندَنا ثلاثةٌ:

-**(الأوّل)**: مِلْكُ حَبْسِ المَرْهونِ على سَبيلِ الدَّوامِ [٣] إلى وقتِ الفِكاكِ، أو مِلْكِ العَيْنِ في حَقِّ الحبْسِ على سَبيلِ الدَّوامِ [٤] إلى وقتِ الفِكاكِ، و [٥] كَوْنُ المُرْتَهِنِ أحَقَّ بحَبْسِ المَرْهونِ على سَبيلِ اللُّزومِ إلى وقتِ الفِكاكِ، (والعِباراتُ الثلاثة مُتَّفِقةٌ) [٦] المَعاني في مُتَعارَفِ الفُقَهاءِ.

-**(والثّاني)**: اختِصاصُ المُرْتَهِنِ ببيعِ المَرْهونِ أو اختِصاصُه بثَمَنِه [٧]، وهذانِ [٣/ ٢٠٤ب] الحُكْمانِ أصليّانِ لِلرَّهْنِ عندَنا.

-**(والثّالِث)**: وُجوبُ تسليمِ المَرْهونِ عند الافْتِكاكِ.

وقال الشافعيُّ رحمه الله: الحُكْمُ الأصليُّ لِلرَّهْنِ واحدٌ وهو كونُ المُرْتَهِنِ أحَقَّ ببيعِ المَرْهونِ وأخَصَّ بثَمَنِه من بَيْنِ سائرِ الغُرَماءِ فأمّا حَقُّ حَبْسِ المَرْهونِ فليس بحُكْمٍ لازِمٍ، حتى إنّ المَرْهونَ إنْ كان شيئًا يُمْكِنُ الانتِفاعُ به بدونِ استِهْلاكِه، كان لِلرّاهنِ أنْ يَسْتَرِدَّه من يَدِ المُرْتَهِنِ فيَنْتَفِعُ به، فإذا فرَغَ من الانتِفاعِ، رَدَّه إليه، وإنْ كان شيئًا لا يُمْكِنُ الانتِفاعُ به [٨] باستِهْلاكِه كالمَكيلِ والموزونِ، فليس لِلرّاهنِ أنْ يَسْتَرِدَّه من يَدِه، احتَجَّ بما رُوِيَ

---

(١) في المخطوط: «الرهن الصحيح».
(٢) في المخطوط: «قيام المرهون».
(٣) في المخطوط: «اللزوم».
(٤) في المخطوط: «اللزوم».
(٥) في المخطوط: «أو».
(٦) في المخطوط: «والمعاني الثلاثة متقاربة».
(٧) في المخطوط: «بعينه».
(٨) زاد في المخطوط: «إلا».

عن رَسُولِ الله ﷺ أنّه قال: «لا يَغلَقُ الرَّهنُ، لا يَغلَقُ الرَّهنُ، لا يَغلَقُ الرَّهنُ، هُوَ لِصاحبِه الذِي رَهَنَه، له غُنمُه، وعليه غُرمُه» (١).

أخْبَرَ عليه الصلاة والسلام أنّ الرَّهْنَ لا يَغْلَقُ أي لا يُحْبَسُ (٢)، وعندَكُمْ يُحْبَسُ (٣)، فكان حُجّةً عليكُمْ، وكذا أضافَ عليه الصلاة والسلام الرَّهْنَ إلى الرّاهنِ «بلام» التّمليكِ، وسَمّاه صاحبًا له على الإطْلاقِ، فيَقْتَضي أنْ يكونَ هو المالِكُ لِلرَّهْنِ مُطْلَقًا رَقَبةً وانتِفاعًا وحَبْسًا؛ ولأنّ الرَّهْنَ شُرِعَ تَوْثيقًا لِلدَّيْنِ، ومِلْكُ الحبْسِ على سَبيلِ الدَّوام (٤) يُضادُّ معنى الوثيقةِ؛ لأنّه يكونُ في يَدِه دائمًا، وعَسَى يَهْلِكُ؛ فيَسْقُطُ الدَّيْنُ، فكان تَوْهينًا لِلدَّيْنِ لا تَوْثيقًا له؛ ولأنّ فيما قُلْتُمْ تَعْطيلُ العَيْنِ المُنْتَفِعِ بها في نفسِها من (٥) الانتِفاعِ؛ لأنّ المُرْتَهِنَ لا يجوزُ له الانتِفاعُ بالرَّهْنِ أصلاً، والرّاهنُ لا يَمْلِكُ الانتِفاعَ به عندَكُمْ؛ فكان تَعْطيلاً والتّعْطيلُ تسييبٌ وأنّه من أعمالِ الجاهليّةِ، وقد نَفاه الله تبارك وتعالى بقولِه: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ﴾ [المائدة:١٠٣].

-(ولنا) قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة:٢٨٣] أخْبَرَ الله تعالى بكَوْنِ الرَّهْنِ مقبوضًا وإخْبارُه سبحانه وتعالى لا يحتملُ الخلَلَ، فاقْتَضى أنْ يكونَ المَرْهونُ مقبوضًا ما دامَ مَرْهونًا؛ ولأنّ الرَّهْنَ في اللُّغةِ: عِبارةٌ عن الحبْسِ قال الله عَزَّ وجَلَّ: ﴿كُلُّ ٱمْرِيِٕۭ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١] أي حَبيسٌ، فيَقْتَضي أنْ يكونَ المَرْهونُ (٦) مَحْبوسًا ما دامَ مَرْهونًا ولو لم يَثْبُتْ مِلْكُ الحبْسِ على الدَّوامِ لم يَكُنْ مَحْبوسًا على الدَّوام فلم يَكُنْ مَرْهونًا؛ ولأنّ الله تعالى لَمّا سَمّى العَيْنَ التي ورَدَ العقدُ عليها رَهْنًا وأنّه يُنْبِئُ عن الحبْسِ لُغةً كان ما دَلَّ عليه اللّفْظُ لُغةً حُكْمًا له شرعًا؛ لأنّ للأسْماءِ الشّرعيّةِ دَلالاتٍ على أحْكامِها، كلَفْظِ الطّلاقِ والعتاقِ والحوالةِ والكَفالةِ ونحوِها؛ ولأنّ الرَّهْنَ شُرِعَ وثيقةً بالدَّيْنِ، فيَلْزَمُ أنْ يكونَ حُكْمُه ما يَقَعُ به التَّوْثيقُ لِلدَّيْنِ

---

(١) ضعيف: أخرجه ابن ماجه بنحوه، كتاب: الأحكام، باب: لا يغلق الرهن، برقم (٢٤٤١)، وابن حبان (١٣/ ٢٥٨)، برقم (٥٩٣٤)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٥٨)، برقم (٢٣١٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. انظر ضعيف الجامع الصغير للألباني، رقم (٦٣٥٧).

(٢) في المخطوط: «يحتبس».

(٣) في المخطوط: «يحتبس».

(٤) في المخطوط: «اللزوم».

(٥) في المخطوط: «عن».

(٦) في المخطوط: «الرهن».

كالكَفالةِ، وإنّما يَحْصُلُ التَّوْثيقُ إذا كان يَمْلِكُ [١] حَبْسَه على الدَّوامِ [٢]؛ لأنّه يَمْنَعُه عن الانتِفاعِ، فيَحْمِلُه [٣] ذلك على قَضاءِ الدَّيْنِ في أسْرَعِ الأوقاتِ، وكذا يَقَعُ [٤] الأمن عن تَواءِ حَقِّه بالجُحودِ والإنْكارِ على ما عُرِفَ.

ولا حُجّةَ له في الحديثِ؛ لأنّ معنى قولِه عليه الصلاة والسلام: «لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ» أي لا يُمْلَكُ بالدَّيْنِ، كذا قاله أهلُ اللُّغةِ: غَلِقَ الرَّهْنُ أي: مُلِكَ بالدَّيْنِ، وهذا كان حُكْمًا جاهليًّا فرَدَّه رَسولُ الله ﷺ.

وقولُه عليه الصلاة والسلام: «هُوَ لِصاحِبِه الذي رَهَنَه» تفسيرٌ لِقولِه ﷺ: «لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ» وقولُه عليه الصلاة والسلام: «لَه غُنْمُه» أي زَوائدُه «وَعليه غُرْمُه» أي نَفَقَتُه وكَنَفُه.

وقولُه: إنّ ما شُرِعَ له الرَّهْنُ لا يَحْصُلُ بما قُلْتُمْ؛ لأنّه يُتْوَى حَقُّه بهَلاكِ الرَّهْنِ قُلْنا: على أحدِ الطَّريقين لا يُتْوَى بل يَصيرُ مُسْتَوْفيًا، والاستيفاءُ ليس بهَلاكِ الدَّيْنِ.

(وأمّا) على الطَّريقِ الآخَرِ فالهَلاكُ ليس بغالِبٍ بل قد يكونُ، وقد لا يكونُ، وإذا هَلك، فالهَلاكُ ليس يُضافُ إلى حُكْمِ الرَّهْنِ؛ لأنّ حُكْمَه مِلْكُ الحبْسِ لا نفسُ الحبْسِ، وقولُه: فيه تسبيبٌ ممنوعٌ، فإنّ بعقدِ الرَّهْنِ مع التَّسْليمِ يَصيرُ الرّاهنُ [٥] موفيًا دَيْنَه في حَقِّ الحبْسِ، والمُرْتَهِنُ يَصيرُ مُسْتَوْفيًا في حَقِّ الحبْسِ، والإيفاءُ والاستيفاءُ من مَنافعِ الرَّهْنِ، وإذا عُرِفَ حُكْمُ الرَّهْنِ في حالِ قيامِه، فيخرجُ عليه المَسائلُ المُتَعَلِّقةُ به.

(أمّا) على الحُكْمِ الأوّلِ وهو مِلْكُ الحبْسِ فالمَسائلُ المُتَعَلِّقةُ بهذا الحُكْمِ بعضُها يَتَعَلَّقُ بنفسِ الحُكْمِ وبعضُها يَتَعَلَّقُ بكيفيَّتِه.

أمّا الذي يَتَعَلَّقُ بنفسِ الحُكْمِ فنَقولُ وباللّه التَّوْفيقُ:

ليس لِلرّاهنِ أنْ يَنْتَفِعَ بالمَرْهونِ استِخْدامًا ورُكوبًا ولُبْسًا وسُكْنَى وغيرَ ذلك؛ لأنّ حَقَّ الحبْسِ ثابتٌ للمُرْتَهِنِ على سَبيلِ الدَّوامِ [٦]، وهذا يَمْنَعُ الاستِرْدادَ [٣/ ٢٠٥أ] والانتِفاعَ، وليس له أنْ يَبيعَه [٧] غيرُ المُرْتَهِنِ بغيرِ إذنِه؛ لِما فيه من إبطالِ حَقِّه من غيرِ رِضاه ولو

---

(١) في المخطوط: «في».
(٢) في المخطوط: «سبيل الدوام».
(٣) في المخطوط: «فيحمل».
(٤) في المخطوط: «وقع».
(٥) في المخطوط: «الرهن».
(٦) في المخطوط: «اللزوم».
(٧) زاد في المخطوط: «من».

باعه، تَوَقَّفَ نَفاذُ البيعِ على إجازةِ المُرْتَهِنِ، إنْ أجازَ [١] جازَ؛ لأنّ عَدَمَ النّفاذِ لِمَكانِ [٢] حَقِّه، فإذا رَضيَ ببُطْلانِ حَقِّه زالَ المانِعُ؛ فنَفَذَ وكانَ الثّمَنُ رَهْنًا، سَواءٌ شَرَطَ المُرْتَهِنُ عند الإجازةِ كونَه رَهْنًا، أو لا في جوابِ ظاهرِ الرِّوايةِ ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه لا يكونُ رَهْنًا إلاّ بالشّرطِ؛ لأنّ الثّمَنَ ليس بمَرْهونٍ حَقيقةً بل المَرْهونُ هو المَبيعُ، وقد زالَ حَقُّه عنه بالبيعِ، إلاّ أنّه إذا شُرِطَ عند الإجازةِ أنْ يكونَ مَرْهونًا فلم يَرْضَ بزَوالِ حَقِّه عنه إلاّ ببَدَلٍ، وإذا لم يوجَدِ الشّرطُ زالَ حَقُّه [٣] أصلاً.

(وجه) ظاهرِ الرِّوايةِ أنّ الثّمَنَ بَدَلُ المَرْهونِ فيقومُ مَقامَه وبه تَبَيَّنَ أنّه ما زالَ حَقُّه بالبيعِ؛ لأنّه زالَ إلى خَلْفٍ والزّائلُ إلى خَلْفٍ قائمٌ مَعْنًى، فيُقامُ الخلْفُ مَقامَ الأصلِ، وسَواءٌ قَبَضَ الثّمَنَ من المُشتري أو لم يَقْبِضْه؛ لأنّه يقومُ مَقامَ ما كان مقبوضًا، وإنْ رَدَّه بَطَلَ؛ لِما قُلْنا، وليس له أنْ يَهَبَه من غيرِه أو يَتَصَدَّقَ به على غيرِه بغيرِ إذنِه؛ لِما ذَكَرْنا ولو فعَلَ تَوَقَّفَ [٤] على إجازةِ المُرْتَهِنِ إنْ رَدَّه بَطَلَ، وله أنْ يُعيدَه رَهْنًا، وإنْ أجازَه جازَتِ الإجازةُ؛ لِما قُلْنا، وبَطَلَ عقدُ الرَّهْنِ؛ لأنّه زالَ عن مِلْكِه لا إلى خَلْفٍ، بخلافِ البيعِ وليس له أنْ يُؤاجِرَه من أجنَبيٍّ بغيرِ إذنِ المُرْتَهِنِ؛ لأنّ قيامَ مِلْكِ الحبْسِ له [٥] يَمْنَعُ الإجازةَ؛ ولأنّ الإجازةَ بعقدِ الانتِفاعِ، وهو لا يَمْلِكُ الانتِفاعَ به بنفسِه فكيف يَمْلِكُه غيرُه ؟ ولو فعَلَ وقَفَ على إجازَتِه فإنْ رَدَّه، بَطَلَ، وإنْ أجازَ، جازَتِ الإجازةُ؛ لِما قُلْنا، وبَطَلَ عقدُ الرَّهْنِ؛ لأنّ الإجازةَ إذا جازَتْ وأنّها عقدٌ لازِمٌ لا يَبْقَى الرَّهْنُ ضرورةً والأُجْرةُ لِلرّاهِنِ؛ لأنّها بَدَلُ مَنْفعةٍ مملوكةٍ له، ووِلايةُ قبضِ الأُجْرةِ له أيضًا؛ لأنّه هو العاقِدُ، ولا تكونُ الأُجْرةُ رَهْنًا؛ لأنّ الأُجْرةَ بَدَلُ المَنْفَعةِ، والمَنْفَعةُ ليستْ بمَرْهونةٍ فلا يكونُ بَدَلُها مَرْهونًا.

(فأمّا) الثّمَنُ في بابِ البيعِ فبَدَلُ المَبيعِ، وأنّه مَرْهونٌ فجازَ أنْ يكونَ بَدَلُه مَرْهونًا، وكذلك لو آجَرَه من المُرْتَهِنِ صَحّتِ الإجارةُ وبَطَلَ الرَّهْنُ إذا جَدَّدَ المُرْتَهِنُ القبضَ للإجارةِ.

---

(١) في المخطوط: «أجازه».
(٢) في المخطوط: «كان».
(٣) زاد في المخطوط: «عنه».
(٤) في المخطوط: «وقف».
(٥) زاد في المخطوط: «أن».

(أمّا) صِحّةُ الإجارةِ وبُطْلانُ الرَّهْنِ؛ فلِما [(١)] ذَكَرْنا وأمّا الحاجةُ إلى تَجْديدِ القبضِ؛ فلأنّ قبضَ الرَّهْنِ دونَ قبضِ الإجارةِ، فلا يَنوبُ عنه.

ولو هَلك في يَدِه قبلَ انقِضاءِ مُدّةِ الإجارةِ أو بعدَ انقِضائها يَهْلِكُ أمانةً؛ إنْ لم يوجَدْ منه مَنْعٌ من الرّاهنِ، وإنْ مَنَعَه [(٢)] الرّاهنُ ثم هَلك بعدَ انقِضاءِ مُدّةِ الإجارةِ، ضَمن كُلَّ قيمَتِه؛ لأنّه صارَ غاصِبًا بالمَنْعِ، وليس له أنْ يُعيرَه من أجنَبيٍّ بغيرِ إذنِ المُرْتَهِنِ؛ لِما ذَكَرْنا، فلو أعارَ وسَلَّمَ، فللمُرْتَهِنِ أنْ يُبْطِلَ الإعارةَ [(٣)] ويُعيدَه رَهْنًا، [وإنْ أجازَ، جازَ] [(٤)]، ولا يَبْطُلُ الرَّهْنُ ولَكِنْ يَبْطُلُ ضَمانُه، وكذا إذا أعارَه بإذنِ المُرْتَهِنِ، بخلافِ ما إذا آجَرَه فأجازَ المُرْتَهِنُ، أو آجَرَه بإذنِه أنّه يَبْطُلُ الرَّهْنُ؛ لأنّ الإجارةَ عقدٌ لازِمٌ ألا تَرَى أنّ أحدَ العاقِدَيْنِ لا يَنْفَرِدُ بالفسخِ من غيرِ عُذْرٍ، فكان من ضرورةِ جوازِها بُطْلانُ الرَّهْنِ فأمّا الإعارةُ فليستْ بلازِمةٍ؛ لأنّ للمُعيرِ وِلايةَ الاستِرْدادِ في أيِّ وقتٍ شاء، فجوازُها لا يوجِبُ بُطْلانَ عقدِ الرَّهْنِ إلاّ أنّه يُبْطِلُ ضَمانَ الرَّهْنِ؛ لِما نَذْكُرُ في موضِعِه إنْ شاء الله تعالى.

وكذا ليس للمُرْتَهِنِ أنْ يَنْتَفِعَ بالمَرْهونِ، حتى لو كان الرّاهنُ عبدًا ليس له أنْ يَسْتَخْدِمَه، وإنْ كان دابّةً ليس له أنْ يَرْكَبَها، وإنْ كان ثوبًا ليس له أنْ يَلْبَسَه، وإنْ كان دارًا ليس له أنْ يَسْكُنَها، وإنْ كان مُصْحَفًا ليس له أنْ يَقْرَأَ فيه؛ لأنّ عقدَ الرَّهْنِ يُفيدُ مِلْكَ الحبْسِ لا مِلْكَ الانتِفاعِ، فإنِ انتَفَعَ به فهَلك في حالِ الاستِعْمالِ يَضْمَنُ كُلَّ قيمَتِه؛ لأنّه صارَ غاصِبًا وليس له أنْ يَبيعَ الرَّهْنَ بغيرِ إذنِ الرّاهنِ؛ لأنّ الثّابِتَ له ليس إلاّ مِلْكُ الحبْسِ، فأمّا مِلْكُ العَيْنِ فلِلرّاهنِ، والبيعُ تمليكُ العَيْنِ فلا يَمْلِكُه المُرْتَهِنُ من غيرِ إذنِ الرّاهنِ ولو باع من غيرِ إذنِه، وقَفَ على إجازَتِه فإنْ أجازَه، جازَ وكان الثّمَنُ رَهْنًا.

وكذا إذا باع بإذنِه، جازَ وكان ثَمَنُه رَهْنًا، سَواءٌ قَبَضَه من المُشتري أو لم يَقْبِضْه ولو هَلك، كان الهَلاكُ على المُرْتَهِنِ، وهذا يُشْكِلُ على [٣/ ٢٠٥ب] الشّرطِ الذي ذَكَرْنا؛ لِجوازِ الرَّهْنِ وهو أنْ لا يكونَ المَرْهونُ دَيْنًا والثّمَنُ دَيْنًا [(٥)] في ذِمّةِ المُشتري، فكيفَ يَصْلُحُ [(٦)] رَهْنًا.

---

(١) في المخطوط: «فما».
(٢) زاد في المخطوط: «من».
(٣) في المخطوط: «الإجازة».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «دين».
(٦) في المخطوط: «يكون».

والجواب: أنّ الدَّيْنَ يَصْلُحُ رَهْنًا في حالِ البَقاءِ وإنْ كان لا يَصْلُحُ ابْتِداءً؛ لأنّه في حالةِ البَقاءِ بَدَلُ المَرْهونِ، وبَدَلُ المَرْهونِ مَرْهونٌ؛ لأنّه قائمٌ مَقامَ المَرْهونِ كأنّه هو، بخلافِ حالةِ الابْتِداءِ، وإنْ رَدَّ بَطَلَ وعادَ المَبيعُ رَهْنًا كما كان ولو هَلَك في يَدِ المُشتري قبلَ الإجازةِ، (فلم تَجُزِ الإجازةُ) [١]؛ لأنّ قيامَ المَعْقودِ عليه شرطُ صِحّةِ الإجازةِ، والرّاهنُ بالخيارِ إنْ شاء ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ وإنْ شاء ضَمَّنَ المُشتريَ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما صارَ غاصِبًا للمُرْتَهِنِ بالتّسْليمِ والمُشتري بالقبضِ، فإنْ ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ، جازَ البيعُ والثّمَنُ للمُرْتَهِنِ، وكان الضّمانُ رَهْنًا؛ لأنّه مَلَكه بالضّمانِ فتَبَيَّنَ أنّه باع مِلْكَ نفسِه فجازَ وكان الثّمَنُ له؛ لأنّه بَدَلُ مِلْكِه، والضّمانُ يكونُ رَهْنًا؛ لأنّه بَدَلُ المَرْهونِ فيكونُ مَرْهونًا.

وقيلَ: إنّما يجوزُ البيعُ بتَضْمينِ المُرْتَهِنِ إذا سَلَّمَ الرَّهْنَ إلى المُشتري أوّلاً، ثم باعه منه، فأمّا إذا باعه ثم سَلَّمَه، (فإنّه لا) [٢] يجوزُ؛ لأنّ سببَ ثُبوتِ المِلْكِ هو التّسْليمُ؛ لأنّه سببُ وُجوبِ الضّمانِ، ومِلْكُ المضمونِ بمِلْكِ الضّمانِ، والتّسْليمُ وُجِدَ بعدَ البيعِ؛ فلا يجوزُ البيعُ، كما إذا باع مالَ غيرِه بغيرِ إذنِه ثم اشتراه منه، أنّه لا يجوزُ بيعُه كذا هذا، وليس في ظاهرِ الرِّوايةِ هذا التّفْصيلُ.

ولو ضَمَّنَ المُشتريَ، بَطَلَ البيعُ؛ لأنّ بتَضْمينِ المُشتري لم يَتَبَيَّنْ أنّ المُرْتَهِنَ باع مالَ نَفْسِه، والضّمانُ يكونُ رَهْنًا؛ لأنّه بَدَلُ المَرْهونِ، ويرجعُ المُشتري على البائعِ بالثّمَنِ؛ لأنّ البيعَ لم يَصِحَّ وليس له أنْ يرجعَ بالضّمانِ عليه، وليس له أنْ يَهَبَه أو يَتَصَدَّقَ به بغيرِ إذنِ الرّاهنِ؛ لأنّ الهبةَ والتّصَدُّقَ تمليكُ [٣] العَيْنِ، والثّابتُ للمُرْتَهِنِ مِلْكُ الحبْسِ لا مِلْكُ العَيْنِ، فلا يَمْلِكُها كما لا يَمْلِكُ البيعَ، فإنْ فعَلَ وقفَ على إجازةِ الرّاهنِ، إنْ أجازَ جازَ وبَطَلَ الرَّهْنُ، وإنْ رَدَّ عادَ رَهْنًا كما كان.

ولو هَلَك في يَدِ الموهوبِ له أو المُتَصَدَّقِ عليه قبلَ الإجازةَ، فالرّاهنُ بالخيارِ إنْ شاء ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ وإنْ شاء ضَمَّنَ الموهوبَ له والمُتَصَدَّقَ عليه؛ لِما ذَكَرْنا، وأيُّهما ضَمَّنَ لا يرجعُ بالضّمانِ على صاحبه، أمّا المُرْتَهِنُ فلا شَكَّ فيه؛ لأنّه مَلَك المَرْهونَ بالضّمانِ فتَبَيَّنَ أنّه وهَبَ أو تَصَدَّقَ بمِلْكِ نَفْسِه.

---

(١) في المخطوط: «لم يجر بالإجارة».

(٢) في المخطوط: «فلا».

(٣) في المخطوط: «بملك».

(وأمّا) الموهوبُ له والمُتَصَدَّقُ عليه؛ فلأنّ الرُّجوعَ بالضَّمانِ بحُكْمِ الضَّرَرِ، وأنّه لا يَتَحَقَّقُ في الهبةِ والصَّدَقةِ بخلافِ البيعِ والإجارةِ وليس له أنْ يُؤاجرَه من غيرِ الرّاهنِ بغيرِ إذنِه؛ لأنّ الإجارةَ تمليكُ المَنْفَعةِ والثّابِتُ له مِلْكُ الحبْسِ لا مِلْكُ المَنْفَعةِ فكيف يُمَلِّكُها من غيرِه؟ فإنْ فعَلَ، وقَفَ على إجازةِ الرّاهنِ، فإنْ أجازَ جازَ وبَطَلَ الرَّهْنُ؛ لِما ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ، وكانت الأُجْرةُ لِلرّاهنِ ولا تكونُ رَهْنًا؛ لِما مَرَّ، وولايةُ قبضِها للمُرْتَهِنِ؛ لأنّ القبضَ من حُقوقِ العقدِ، والعاقِدُ هو المُرْتَهِنُ، ولا يَعودُ رَهْنًا إذا انقَضَتْ مُدّةُ الإجارةِ؛ لأنّ العقدَ قد بَطَلَ فلا يَعودُ إلاّ بالاستئنافِ، وإنْ رَدَّ، بَطَلَ وأعادَه رَهْنًا كما كان.

ولو أجَرَه بغيرِ إذنِ الرّاهنِ وسَلَّمَه إلى المُسْتَأجِرِ فهَلك في يَدِه، فالرّاهنُ بالخيارِ إنْ شاء ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ قيمَتَه وقتَ التّسْليمِ إلى المُسْتَأجِرِ، وإنْ شاء ضَمَّنَ المُسْتَأجِرَ؛ لِوُجودِ سببِ وُجوبِ الضَّمانِ من كُلِّ واحدٍ منهما وهو التّسْليمُ والقبضُ، غيرَ أنّه إنْ ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ، لا يرجعُ بالضَّمانِ على المُسْتَأجِرِ، لَكِنّه يرجعُ عليه بأُجْرةِ قدرِ المُسْتَوْفَى من المَنافعِ إلى وقتِ الهَلاكِ؛ لأنّه مَلَكه بالضَّمانِ فتَبَيَّنَ أنّه آجَرَ مِلْكَ نَفْسِه؛ فصَحَّ [1] وكانت الأُجْرةُ له؛ لأنّها بَدَلُ مَنْفَعةٍ [مملوكةٍ] [2] له إلاّ أنّها لا تَطيبُ له، وإنْ ضَمَّنَ المُسْتَأجِرَ، فالمُسْتَأجِرُ يرجعُ بما ضَمن على المُرْتَهِنِ؛ لأنّه صارَ مَغْرورًا من جِهَتِه، فيرجعُ عليه بضَمانِ الغُرورِ وهو ضَمانُ الكَفالةِ ولا أُجْرةَ عليه؛ لأنّ الأُجْرةَ و [3] الضَّمانَ لا يجْتَمِعانِ.

ولو سَلَّمَ واستَرَدَّه المُرْتَهِنُ، عادَ رَهْنًا كما كان؛ لأنّه لَمّا استَرَدَّه فقد عادَ إلى الوِفاقِ بعدَما خالَفَ؛ فأشبَهَ المودَعَ [إذا] [4] خالَفَ في الوديعةِ ثم عادَ إلى الوِفاقِ، والأجرُ للمُرْتَهِنِ لَكِنْ [5] لا يَطيبُ له، كالغاصِبِ إذا آجَرَ المَغْصوبَ وليس له أنْ يُعيرَ الرَّهْنَ من غيرِ المرتهن بغيرِ إذنِه [٣/ ٢٠٦أ]؛ لِما ذَكَرْنا في الإجارةِ فإنْ أعارَه وسَلَّمَه إلى المُسْتَعيرِ، فلِلرّاهنِ أنْ يُبْطِلَ الإعارةَ، فإنْ هَلك في يَدِ المُسْتَعيرِ، فالرّاهنُ بالخيارِ إنْ شاء ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ، وإنْ شاء ضَمَّنَ المُسْتَعيرَ وأيُّهما ضَمَّنَ لا يرجعُ بما ضمن على صاحبه، ويكونُ الضَّمانُ رَهْنًا.

---

(١) في المخطوط: «فصحت».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «مع».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «لكنه».

(أمّا) عَدَمُ الرُّجوعِ على [(١)] المُرْتَهِنِ ؛ فلأنّه (مَلكه بالضَّمانِ) [(٢)] فتبيَّنَ أنّه أعارَ مِلْكَه [(٣)] وأمّا المُسْتَعيرُ ؛ فلأنّ الرُّجوعَ بالغَرَرِ، ولم يوجَدْ بخلافِ الإجارةِ وأمّا كونُ الضَّمانِ رَهْنًا ؛ فلأنّه بَدَلُ المَرْهونِ فيكونُ مَرْهونًا، وإنْ سَلَّمَ واستَرَدَّه من المُسْتَعيرِ، عادَ رَهْنًا كما كان ؛ لأنّه عادَ إلى الوِفاقِ فالتَحَقَ الخلافُ فيه بالعَدَم.

ولو أعارَه بإذنِ الرّاهنِ أو بغيرِ إذنِه وأجازَ جازَ، ولا يَبْطُلُ الرَّهْنُ لَكِنْ يَبْطُلُ ضَمانُ الرَّهْنِ ؛ لِما نَذْكُرُ، بخلافِ الإجارةِ فإنّها تُبْطِلُ الرَّهْنَ، وقد مَرَّ الفرْقُ، وليس له أنْ يَرْهَنَه بغيرِ إذنِ الرّاهنِ ؛ لأنّه لم يَرْضَ بحَبْسِ غيرِه فإنْ فعَلَ، فلِلرّاهنِ الأوّلِ أنْ يُبْطِلَ الرَّهْنَ الثّاني ويُعيدَه إلى يَدِ المُرْتَهِنِ الأوّلِ ؛ لأنّ الرَّهْنَ الثّاني لم يَصِحَّ، فلو هَلَك في يَدِ المُرْتَهِنِ الثّاني قبلَ الإعادةِ [(٤)] إلى [يد] [(٥)] الأوّلِ، فالرّاهنُ الأوّلُ بالخيارِ إنْ شاء ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ الأوّلَ، وإنْ شاء ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ الثّاني، فإنْ ضَمَّنَ الرهن الأوّلَ، جازَ الرَّهْنُ الثّاني ؛ لأنّه مَلَّكه المُرْتَهِنَ الأوّلَ بالضَّمانِ، فتَبَيَّنَ أنّه رَهَنَ مِلْكَ نَفْسِه.

ولو هَلَك في يَدِ المُرْتَهِنِ الثّاني يَهْلِكُ بالدَّيْنِ فكان ضَمانُه رَهْنًا ؛ لأنّه بَدَلُ المَرْهونِ، وإنْ ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ الثّاني، بَطَلَ الرَّهْنُ الثّاني ويكونُ الضَّمانُ رَهْنًا على [(٦)] المُرْتَهِنِ الأوّلِ ؛ لِكَوْنِه بَدَلَ المَرْهونِ ويرجعُ المُرْتَهِنُ الثّاني على المُرْتَهِنِ الأوّلِ بما ضَمن وبِدَيْنِه.

(أمّا) الرُّجوعُ بالضَّمانِ ؛ فلأنّه صارَ مَغْرورًا من جِهَتِه فيرجعُ عليه وأمّا الرُّجوعُ بدَيْنِه ؛ فلأنّ الرَّهْنَ الثّاني لم يَصِحَّ فيَبْقَى [(٧)] دَيْنُه عليه كما كان وإنْ رَهَنَ عند الثّاني بإذنِ الرّاهنِ الأوّلِ، جازَ الرَّهْنُ الثّاني وبَطَلَ الرَّهْنُ الأوّلُ.

(أمّا) جوازُ الرَّهْنِ الثّاني ؛ فلأنّ المانِعَ من الجوازِ قد زالَ بإذنِ الرّاهنِ الأوّلِ، فإذا أجازَ الثّاني، بَطَلَ الأوّلُ ضرورةً، وصارَ كأنّ المُرْتَهِنَ الأوّلَ استَعارَ مالَ الرّاهنِ الأوّلِ ؛ ليَرْهَنَه بدَيْنِه فرَهَنَه، وليس له أنْ يودِعَه عند أجنَبيٍّ ليس في عيالِه ؛ لأنّ الرّاهنَ لم يَرْضَ إلاّ بيَدِه أو بيَدِ مَنْ يَدُه في معنى يَدِه، ويَدُ الأجنَبيِّ الذي ليس في عيالِه ليستْ في معنى يَدِه، فإنْ

---

(١) في المخطوط: «أما».
(٢) في المخطوط: «ملك الضمان».
(٣) في المخطوط: «ملك نفسه».
(٤) في المخطوط: «الإعارة».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «عند».
(٧) في المخطوط: «فبقى».

فعَلَ وهَلك في يَدِ المودِعِ ؛ ضَمَّنَ كُلَّ قيمَتِه ؛ لأنّه صارَ غاصِبًا بالإيداعِ ، وله أنْ يَدْفَعه إلى مَنْ هو في عيالِه ، كزَوْجَتِه وخادِمِه وأجيرِه الذي يَتَصرَّفُ في مالِه ؛ لأنّ يَدَ هَؤُلاءِ كيَدِه ، ألا تَرَى أنّه يَحْفَظُ مالَ نَفْسِه بيَدِهم ، فكان (الهالِكُ في أيديهم كالهالِكِ) [١] في يَدِه ، والأصلُ في هذا أنّ للمُرْتَهِنِ أنْ يَفْعَلَ في الرَّهْنِ ما يُعَدُّ حِفْظًا له ، وليس له أنْ يَفْعَلَ ما يُعَدُّ استِعْمالاً له وانتِفاعًا به .

وعلى هذا يخرجُ ما إذا ارتَهَنَ خاتَمًا فجعله في خِنْصَرِه فهَلك ضَمن كُلَّ قيمَتِه ؛ لأنّ التّختُّمَ بالخِنْصَرِ مِمّا يُتَجمَّلُ به عادةً ، فكان استِعْمالاً له وهو مَأذونٌ في الحِفْظِ لا في الاستِعْمالِ ، ويَسْتَوي فيه اليُمْنَى واليُسْرَى ؛ لأنّ النّاسَ يختَلِفونَ في التّجمُّلِ [٢] بهذا النَّوْعِ ، منهم مَنْ يَتَجمَّلُ بالتّختُّمِ في اليُمْنَى ومنهم من يَتَجمَّلُ به [٣] في اليُسْرَى ، فكان كُلُّ ذلك استِعْمالاً .

ولو جعله في بَقيّةِ الأصابعِ فهَلك ، يَهْلِكُ هَلاكَ [٤] الرَّهْنِ ؛ لأنّ التّختُّمَ بها غيرُ مُعْتادٍ ، فكان حِفْظًا لا استِعْمالاً .

ولو لَبِسَ خاتَمًا فوْقَ خاتَم فهلك ، يُرجعُ فيه إلى العُرْفِ والعادةِ فإنْ كان اللاّبِسُ مِمَّنْ يَتَجمَّلُ بخاتَمَيْنِ [٥] ، يَضْمَنُ ؛ لأنّه مُسْتَعْمِلٌ له ، وإنْ كان مِمَّنْ لا يُتَجمَّلُ به ، يَهْلِكُ بما فيه ؛ لأنّه حافِظٌ إيّاه .

ولو رَهَنَه سَيْفَيْنِ فتَقَلَّدَ بهما ، يَضْمَنُ ولو كانت السُّيوفُ ثلاثةً فتَقَلَّدَ بها ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنّ التَّقَلُّدَ بسَيْفَيْنِ مُعْتادٌ في الجُمْلةِ ، فكان من بابِ الاستِعْمالِ .

(فأمّا) بالثّلاثةِ فليس بمُعْتادٍ فكان حِفْظًا لا استِعْمالاً وإنْ كان الرَّهْنُ طَيْلَسانًا أو قَباءً فلَبِسَه لُبْسًا مُعْتادًا ، يَضْمَنْ ، وإنْ جعله على عاتِقِه فهَلك ، يَهْلِكُ رَهْنًا ؛ لأنّ الأوّلَ استِعْمالٌ والثّاني حِفْظٌ ، وله أنْ يَبيعَ ما يُخافُ الفسادُ عليه بإذنِ القاضي ؛ لأنّ بيعَ ما يُخافُ عليه الفسادُ من بابِ الحِفْظِ ، فلَه أنْ يَبيعَه لَكِنْ بإذنِ (القاضي له) [٦] ؛ لأنّ له وِلايةً في مالِ

(١) في المخطوط : «الهلاك في يدهم كالهلاك» .
(٢) في المخطوط : «العمل» .
(٣) في المخطوط : «بالتختم» .
(٤) في المخطوط : «بهلاك» .
(٥) في المخطوط : «بلبس خاتمين» .
(٦) في المخطوط : «الحاكم» .

غيرِه في الجُمْلةِ، فإنْ باع بغيرِ إذنِه [١]، ضَمن؛ لأنّه لا وِلايةَ له عليه [٣/ ٢٠٦ب]، وإذا باع بأمرِ الحاكِمِ [٢] كان ثَمَنُه رَهْنًا في يَدِه؛ لأنّه بَدَلُ المَرْهونِ فيكونُ رَهْنًا [٣]، وله أنْ يُطالِبَ الرّاهنَ بإيفاءِ الدَّيْنِ مع قيامِ عقدِ الرَّهْنِ إذا لم يَكُنِ الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا؛ لأنّ الرَّهْنَ شُرِعَ لِتَوْثيقِ الدَّيْنِ وليس من الوثيقةِ سُقوطُ المُطالَبةِ بإيفاءِ الدَّيْنِ.

ولو طالَبَ المُرْتَهِنُ الرّاهنَ بحَقِّه فقال [له] [٤] الرّاهنُ: بعْه، واستَوْفِ حَقَّكَ، فقال [له] [٥] المُرْتَهِنُ: لا أُريدُ البيعَ ولَكِنْ أُريدُ حَقّي، فلَه ذلك؛ لأنّ الرَّهْنَ وثيقةٌ، وبالبيعِ يخرجُ عن كونِه رَهْنًا فيَبْطُلُ معنى الوثيقةِ، فلَه أنْ يَتَوَثَّقَ باستيفائه إلى استيفاءِ الدَّيْنِ.

ولو قال الرّاهنُ للمُرْتَهِنِ: إنْ جِئْتُكَ بحَقِّكَ إلى وقتِ كذا، وإلاّ فهو لك بدَيْنِكَ أو بيعٌ [٦] بحَقِّكَ لم يجُزْ وهو رَهْنٌ على حالِه؛ لأنّ هذا تَعْليقُ التّمليكِ بالشّرطِ وأنّه لا يَتَعلَّقُ بالشّرطِ، وليس للقاضي أنْ يَبيعَ الرَّهْنَ بدَيْنِ المُرْتَهِنِ من غيرِ رِضا الرّاهنِ، لَكِنّه يَحْبِسُ الرّاهنَ حتى يَبيعَه بنفسِه، عند أبي حنيفةَ رحمه الله وعندَهما له أنْ يَبيعَه عليه وهي مسألةُ الحجرِ على الحُرِّ، وقد ذَكَرْناها في كِتابِ الحجرِ.

وَكذلك ليس للعَدْلِ أنْ يَبيعَ الرَّهْنَ، كما ليس لِلرّاهنِ ولا للمُرْتَهِنِ ذلك، والكَلامُ في العَدْلِ في ثلاثةِ مَواضِعَ:

أحدُها: في بيانِ ما للعَدْلِ أنْ يَفْعَلَه في الرَّهْنِ وما ليس له أنْ يَفْعَلَه فيه.

والثّاني: في بيانِ مَنْ يَصْلُحُ عَدْلاً في الرَّهْنِ ومَنْ لا يَصْلُحُ.

والثّالِثُ: في بيانِ ما يَنْعَزِلُ به العَدْلُ يخرجُ عن الوكالةِ وما لا يَنْعَزِلُ.

(أمّا) الأوّلُ فنَقولُ وباللّه التّوْفيقُ: للعَدْلِ أنْ يُمْسِكَ الرَّهْنَ بيَدِه وبيَدِ مَنْ يَحْفَظُ مالَه [٧] بيَدِه، وليس له أنْ يَدْفَعَه إلى المُرْتَهِنِ بغيرِ إذنِ الرّاهنِ، ولا إلى الرّاهنِ بغيرِ إذنِ المُرْتَهِنِ قبلَ سُقوطِ الدَّيْنِ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما لم يَرْضَ بيَدِ صاحبه حيث وَضَعاه [٨] في يَدِ العَدْلِ.

---

(١) في المخطوط: «أمره».
(٢) في المخطوط: «القاضي».
(٣) في المخطوط: «مرهونًا».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «بع».
(٧) في المخطوط: «مال نفسه».
(٨) في المخطوط: «جعله».

ولو دَفَعَه إلى أحدِهما من غيرِ رِضا صاحبه، فلِصاحبه أنْ يَسْتَرِدَّه ويُعيدَه إلى يَدِ العَدْلِ كما كان، ولو هَلك قبلَ الاستِرْدادِ، ضَمن العَدْلُ قيمَتَه؛ لأنّه صارَ غاصِبًا بالدَّفْعِ، وليس له أنْ يَنْتَفِعَ بالرَّهْنِ ولا أنْ يَتَصَرَّفَ فيه بالإجارةِ والإعارةِ والرَّهْنِ وغيرِ ذلك؛ لأنّ الثّابِتَ له بالوضْعِ في يَدِه هو حَقُّ الإمساكِ لا الانتِفاعِ والتّصَرُّفِ، وليس له أنْ يَبيعَه؛ لِما قُلْنا، إلاّ إذا كان مُسَلَّطًا على بيعِه في عقدِ الرَّهْنِ أو مُتَأخِّرًا عنه فلَه أنْ يَبيعَه؛ لأنّه صارَ وكيلاً بالبيعِ إلاّ أنّ التّسْليطَ إذا كان في العقدِ، لا يَمْلِكُ عَزْلَه من غيرِ رِضا المُرْتَهِنِ، وإذا كان مُتَأخِّرًا عن العقدِ، يَمْلِكُ [١]؛ لِما ذَكَرْنا.

وله أنْ يَبيعَ الزّيادةَ المُتَوَلِّدةَ من الرَّهْنِ؛ لِكَوْنِها مَرْهونةً تَبَعًا للأصلِ وكذا له أنْ يَبيعَ ما (هو قائمٌ مَقامَ الرَّهْنِ، نحوُ أنْ) [٢] كان الرَّهْنُ عبدًا فقَتَلَه عبدٌ [فدفع به] [٣] أو فقَأ عَيْنَه؛ لأنّه إذا قامَ مَقامَه، جُعِلَ كأنّ الأوّلَ [٤] قائمٌ، ثم إذا سَلَّطَه على البيعِ مُطْلَقًا، فلَه أنْ يَبيعَه بأيِّ جنسٍ كان من الدَّراهمِ والدَّنانيرِ وغيرِهما، وبِأيِّ قدرٍ كان بمثلِ قيمَتِه أو بأقَلَّ منه قدرَ ما يَتَغابَنُ النّاسُ فيه، وبالنَّقْدِ والنّسيئةِ عند أبي حنيفةَ، وله أنْ يَبيعَ قبلَ حُلولِ الأجَلِ؛ لأنّ الأمرَ بالبيعِ مُطْلَقٌ، وإذا باع، كان الثّمَنُ رَهْنًا عندَه إلى أنْ يَحِلَّ الأجَلُ؛ لأنّ ثَمَنَ المَرْهونِ مَرْهونٌ، فإذا حَلَّ الأجَلُ أوفَى دَيْنَ المُرْتَهِنِ إنْ كان من جنسِه، وإنْ سُلِّطَ [٥] على البيعِ عند المَحَلِّ، لم يَكُنْ له أنْ يَبيعَه قبلَه؛ لِما قُلْنا.

ولو كان الرَّهْنُ بالمُسْلَمِ فيه فسَلَّطَه على البيعِ عند المَحَلِّ فلَه أنْ يَبيعَه بجنسِ المُسْلَمِ فيه وغيرِه عند أبي حنيفةَ، وعندَهما يَبيعُه بالدَّراهمِ والدَّنانيرِ وبِجنسِ المُسْلَمِ فيه وهي مسألةُ الوكيلِ بالبيعِ المُطْلَقِ أنّه يَبيعُ بأيِّ ثَمَنٍ كان عند أبي حنيفةَ، وعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ ليس له أنْ يَبيعَ بما لا يَتَغابَنُ النّاسُ فيه ولا بالنّسيئةِ ولا بغيرِ الدَّراهمِ والدَّنانيرِ، إلاّ أنّهما جَوّزا ما في مسألةِ السَّلَمِ بجنسِ المُسْلَمِ فيه؛ لأنّ الأمرَ بالبيعِ لِقَضاءِ الدَّيْنِ من ثَمَنِه، والجنسُ أقرَبُ إلى القَضاءِ منه.

ولو نَهاه الرّاهنُ عن البيعِ [٦] بالنّسيئةِ فإنْ نَهاه عند عقدِ الرَّهْنِ، ليس له أنْ يَبيعَ

---

(١) في المخطوط: «يملكه».
(٢) في المخطوط: «قام مقامه بأن».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «الأصل».
(٥) في المخطوط: «سلطه».
(٦) في المخطوط: «البائع».

بالنّسيئةِ؛ لأنّ التّوْكيلَ حَصَلَ مُقَيَّدًا فيَلْزَمُه مُراعاةُ القَيْدِ مُتَأخِّرًا [(١)] إذا كان التّقْييدُ مُفيدًا، وهذا النّوْعُ من التّقْييدِ مُفيدٌ.

ولو نَهاه مُتَأخِّرًا عن العقدِ، لم يَصِحَّ نَهْيُه؛ لأنّ [٣/ ٢٠٧أ] التّقْييدَ المُتَراخيَ إبطالٌ من حيث الظّاهرِ، كالتّخْصيصِ المُتَراخي عن النّصِّ العامِّ عند بعضِ مَشايِخِنا، حتى جَعَلوه فسخًا لا بيانًا، وإذا كان إبطالاً لا يَمْلِكُه الرّاهنُ كما لا يَمْلِكُ إبطالَ الوكالةِ الثّابِتةِ عند العقدِ بالعَزْلِ، ثم إذا باع العَدْلُ الرَّهْنَ، خَرَجَ عن كونِه رَهْنًا؛ لأنّه صارَ مِلْكًا للمُشتري وصارَ ثَمَنُه هو الرَّهْنَ؛ لأنّه قامَ مَقامَه سَواءٌ كان مقبوضًا أو غيرَ مقبوضٍ، حتى لو تَويَ عند المُشتري، كان على المُرْتَهِنِ ويُهْلِكُ بالأقَلِّ من قدرِ [(٢)] الثّمَنِ ومن الدَّيْنِ، ولا يُنْظَرُ إلى قيمةِ المَبيعِ بل يُنْظَر إلى الثّمَنِ بعدَ البيعِ؛ لأنّ الرَّهْنَ انتقَلَ إلى الثّمَنِ، وخَرَجَ المَبيعُ عن كونِه رَهْنًا فتُعْتَبَرُ قيمةُ الرَّهْنِ، ثم إنْ باعه بجنسِ الدَّيْنِ، قَضَى دَيْنَ المُرْتَهِنِ منه، وإنْ باعه بخلافِ جنسِه، باع الثّمَنَ بجنسِ الدَّيْنِ وقَضَى الدَّيْنَ منه؛ لأنّه مُسَلَّطٌ على بيعِ الرَّهْنِ، وقَضاءُ الدَّيْنِ من ثَمَنِه وقَضاءُ الدَّيْنِ من جنسِه يكونُ.

ولو باع العَدْل الرَّهْن ثم استُحِقَّ في يَد المُشتري، فللمُشتري أنْ يرجعَ بالثّمَنِ على العَدْلِ؛ لأنّ العاقِدَ هو وحُقوقُ العقدِ في بابِ البيعِ تَرْجِعُ إلى العاقِدِ، والعَدْلُ بالخيارِ إنْ شاء يَسْتَرِدُّ [(٣)] من المُرْتَهِنِ ما أوفاه من الثّمَنِ وعادَ دَيْنُه على [(٤)] الرّاهنِ كما كان، وإنْ شاء رجع بما ضَمن على الرّاهنِ وسَلَّمَ للمُرْتَهِنِ ما قَبَضَ.

(أمّا) وِلايةُ استِرْدادِ الثّمَنِ من المُرْتَهِنِ؛ فلأنّ البيعَ قد بَطَلَ بالاستحقاقِ، وتَبَيَّنَ أنّ قبضَ الثّمَنِ من المُرْتَهِنِ لم يَصِحَّ، فلَه أنْ يَسْتَرِدَّ منه، وإذا استَرَدَّه، عادَ الدَّيْنُ على حالِه.

(وأمّا) الرُّجوعُ بما ضَمن على الرّاهنِ فلأنه وكيل الراهن فلَه أنْ يرجعَ بالعُهْدةِ عليه، وإذا رجع عليه، سَلَّمَ للمُرْتَهِنِ ما قَبَضَه؛ لأنّه صَحَّ [(٥)] قبضُه، هذا إذا سَلَّمَ الثّمَنَ إلى المُرْتَهِنِ، فإنْ كان هَلك في يَدِه قبلَ التّسْليمِ، ليس له أنْ يرجعَ إلاّ على الرّاهنِ؛ لأنّه وكيلُ الرّاهنِ بالبيعِ عامِلٌ له، فكان عُهْدةُ عملِه عليه في الأصلِ لا على غيرِه، إلاّ أنّ له أنْ

---

(١) في المخطوط: «فيه».
(٢) في المخطوط: «قيمة».
(٣) في المخطوط: «استرد».
(٤) في المخطوط: «إلى».
(٥) في المخطوط: «ترجع».

يرجعَ على المُرْتَهِنِ إذا قَبَضَ الثَّمَنَ ؛ لِما ذَكَرْنا ، فإذا لم يَقْبِضْ وجَبَ العملُ بالأصلِ فيرجعُ على الرّاهنِ بما ضَمن ، وبَطَلَ الرَّهْنُ بالاستحقاقِ ويرجعُ [1] المُرْتَهِنُ بدَيْنِه على الرّاهنِ ولو لم يَسْتَحِقَّ الرَّهْنَ ولَكِنّ المُشتريَ وجَدَ به عَيْبًا كان له أنْ يَرُدَّه على العَدْلِ ؛ لأنّ الرَّدَّ بالعَيْبِ من حُقوقِ البيعِ وأنّها تَرْجِعُ إلى العاقِدِ ، والعاقِدُ هو العَدْلُ فيُرَدُّ عليه ويَسْتَرِدُّ منه الثَّمَنُ الذي أعطاه ، والعَدْلُ بالخيارِ إنْ كان رَدَّه عليه بقَضاءِ القاضي ، إنْ شاء رجع على المُرْتَهِنِ إنْ كان سَلَّمَ الثَّمَنَ إليه ، وإنْ شاء رجع على الرّاهنِ أمّا على المُرْتَهِنِ ؛ فلأنّه إذا رَدَّ عليه بعَيْبٍ بقَضاءِ القاضي ، فقد انفَسَخَ البيعُ [2] ، فكان له أنْ يرجعَ بالثَّمَنِ وعادَ دَيْنُ المُرْتَهِنِ على الرّاهنِ ، وعادَ الرَّهْنُ المَرْدودُ رَهْنًا بالدَّيْنِ .

(وأمّا) الرُّجوعُ على الرّاهنِ ؛ فلأنّه وكَّلَه بالبيعِ فيرجعُ عليه بالعُهْدةِ ، وإنْ كان العَدْلُ لم يُعْطِ المُرْتَهِنَ الثَّمَنَ فإنْ رَدَّ العَدْلُ ما قبضَ من الثَّمَنِ ، فلا يرجعُ على أحدٍ ، وإنْ كان هَلك في يَدِه وضَمن في مالِه ، يرجعُ بما ضَمن على الرّاهنِ خاصّةً دونَ المُرْتَهِنِ ؛ لِما ذَكَرْنا في الاستحقاقِ ، ويكونُ المَرْدودُ رَهْنًا كما كان ، هذا إذا كان بيعُ العَدْلِ بتسليطٍ مشروطٍ في عقدِ الرَّهْنِ ، فأمّا إذا كان بتسليطٍ وُجِدَ من الرّاهنِ بعدَ الرَّهْنِ ، فإنّ العَدْلَ يرجعُ بما ضَمن على الرّاهنِ لا على المُرْتَهِنِ ، سَواءٌ قَبَضَ المُرْتَهِنُ الثَّمَنَ أو لم يَقْبِضْه ؛ لأنّه وكيلُ الرّاهنِ ، وعُهْدةُ الوكيلِ فيما وُكِّلَ به على موَكِّلِه في الأصلِ ؛ لأنّه عامِلٌ له ، فكان عُهْدةُ عملِه عليه ، إلاّ أنّ التَّسْليطَ إذا كان مشروطًا في العقدِ ، يَثْبُتُ [3] له حَقُّ الرُّجوعِ على المُرْتَهِنِ ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّه بهذِه الوكالةِ على ما نَذْكُرُ إنْ شاء الله تعالى .

فإذا وقَعَ البيعُ لِحَقِّه ، جازَ أنْ يرجعَ بالضَّمانِ عليه ، وإذا لم يَكُنْ مشروطًا فيه ، لم يَثْبُتِ التَّعْليقُ [4] فبَقيَ حَقُّ الرُّجوعِ بالعُهْدةِ على الموَكِّلِ على حُكْمِ الأصلِ ، وللعَدْلِ أنْ يَبيعَ الزَّوائدَ المُتَوَلِّدةَ [من الرَّهْنِ] [5] ؛ لأنّها مَرْهونةٌ تَبَعًا للأصلِ ؛ لِثُبوتِ حُكْمِ الرَّهْنِ فيها ، وهو حَقُّ الحبْسِ تبَعًا فلَه أنْ يَبيعَها كما له أنْ يَبيعَ الأصلَ .

وكذا العبدُ المَدْفوعُ بالجِنايةِ على الرَّهْنِ بأنْ قَتَلَ الرَّهْنِ أو فقَأَ عَيْنَه فدُفِعَ به للعَدْلِ أنْ

---

(١) في المخطوط : «رجع» .
(٢) في المخطوط : «العقد» .
(٣) في المخطوط : «ثبت» .
(٤) في المخطوط : «التعلق» .
(٥) ليست في المخطوط .

يَبيعَه؛ لأنّ الثّاني قائمٌ مَقامَ الأوّلِ لَحمًا ودمًا، فصارَ كأنّ الأوّلَ قائمٌ [٣/ ٢٠٧ب]، وللعَدْلِ أنْ يَمْتَنِعَ من البيعِ، إذا امتنَعَ، لا يُجْبَرُ عليه، وإنْ كان التّسْليطُ على البيعِ بعدَ الرّهْنِ وإنْ كان في الرّهْنِ، لم يَكُنْ له أنْ يَمْتَنِعَ عنه ولو امتنَعَ يُجْبَرُ عليه؛ لأنّ التّسْليطَ إذا لم يَكُنْ مشروطًا في الرّهْنِ لم يَتَعَلّقْ به حَقُّ المُرْتَهِنِ فكان تَوْكيلاً مَحْضًا بالبيعِ، فأشبَهَ التّوْكيلَ بالبيعِ في سائرِ المَواضِعِ، وإذا كان مشروطًا فيه كان حَقُّ المُرْتَهِنِ مُتعَلِّقًا به فلَه أنْ يُجْبِرَه على البيعِ؛ لاستيفاءِ حَقِّه والله أعلم.

(وأمّا) بيانُ مَنْ يَصْلُحُ عَدْلاً في الرّهْنِ ومَنْ لا يَصْلُحُ: فالمولى لا يَصْلُحُ عَدْلاً في رَهْنِ عبدِه المَأذونِ، حتى لو رَهَنَ العبدُ المَأذونُ على أنْ يَضَعَ على يَدِ مولاه، لم يجُزِ الرّهْنُ، سَواءٌ كان على العبدِ دَيْنٌ أو لم يَكُنْ، والعبدُ يَصْلُحُ عَدْلاً في رَهْنِ مولاه، حتى لو رَهَنَ إنسانٌ شيئًا على أنْ يَضَعَ في يَدِ عبدِه المَأذونِ، يَصِحُّ الرّهْنُ؛ لأنّ قبضَ الرّهْنِ قبضُ استيفاءِ الدَّيْنِ فيَصيرُ العَدْلُ وكيلاً في استيفاءِ الدَّيْنِ، والمولى لا يَصْلُحُ وكيلَ الأجنَبيِّ [(١)] في استيفاءِ الدَّيْنِ من عبدِه؛ لأنّ الوكيلَ مَنْ يعملُ لِغيرِه، واستيفاءُ الدَّيْنِ من عبدِه عملٌ لِنفسِه [(٢)] من وجهٍ؛ لِما فيه من فراغِ رَقَبةِ عبدِه عن شَغْلِ الدَّيْنِ، والعبدُ يَصْلُحُ (وكيلَ الأجنَبيِّ) [(٣)] في استيفاءِ الدَّيْنِ من مولاه؛ لِذلك افْتَرَقا.

وعن أبي يوسفَ أنّ المولى يَصْلُحُ عَدْلاً في رَهْنِ مُكاتَبه، والمُكاتَبُ يَصْلُحُ عَدْلاً في رَهْنِ مولاه؛ لأنّ المُكاتَبَ حُرٌّ يَدًا، فكان كُلُّ واحدٍ منهما أجنَبيًّا عمّا في يَدِ الآخَرِ، والمَكْفولُ عنه لا يَصْلُحُ عَدْلاً في رَهْنِ الكَفيلِ، وكذا الكَفيلُ لا يَصْلُحُ عَدْلاً في رَهْنِ المَكْفولِ عنه؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما لا يَصْلُحُ وكيلاً في استيفاءِ الدَّيْنِ من صاحبه؛ لأنّه يعملُ لِنفسِه، أمّا المَكْفولُ عنه فبِتفريغِ ذِمَّتِه عن الدَّيْنِ.

(وأمّا) الكَفيلُ فبِتَخْليصِ نَفْسِه عن الكَفالةِ بالدَّيْنِ، وأحدُ شريكي المُفاوَضةِ لا يَصْلُحُ عَدْلاً في رَهْنِ صاحبه بدَيْنِ التِّجارةِ؛ لأنّ يَدَ كُلِّ واحدٍ منهما يَدُ صاحبه، فكان ما في يَدِ كُلِّ واحدٍ منهما كأنّه في يَدِ صاحبه؛ فلم يَتَحَقّقْ خُروجُ الرّهْنِ من يَدِ المرتهن، وإنّه شرطُ صِحّةِ الرّهْنِ.

---

(١) في المخطوط: «للأجنبي».
(٢) في المخطوط: «له بنفسه».
(٣) في المخطوط: «وكيلاً للأجنبي».

وكذا أحدُ شريكي العَنانِ في التِّجارةِ لا يَصْلُحُ عَدْلاً في رَهْنِ صاحبه بدَيْنِ التِّجارةِ؛ لِما قُلْنا، فإنْ كان من غيرِ التِّجارةِ فهو جائزٌ في الشَّريكينِ [١] جميعًا؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما أجنَبيٌّ عن صاحبه في غيرِ دَيْنِ التِّجارةِ، فلم تكُنْ يَدُه كيَدِ صاحبه فوُجِدَ خُروجُ الرَّهْنِ من يَدِ الرّاهنِ ورَبُّ المالِ لا يَصْلُحُ عَدْلاً في رَهْنِ المُضارِبِ ولا المُضارِبُ في رَهْنِ رَبِّ المالِ، حتى لو رَهَنَ المُضارِبُ شيئًا من مالِ المُضارَبةِ بدَيْنٍ في المُضارَبةِ، على أنْ يَضَعَه [٢] على يَدِ رَبِّ المالِ، أو رَهَنَ رَبُّ المالِ على أنْ يَضَعَه [٣] على يَدِ المُضارِبِ لا يجوزُ الرَّهْنُ؛ لأنّ يَدَ المُضارِبِ (يَدٌ لِرَبِّ) [٤] المالِ، وعملُ رَبِّ المالِ كعملِ المُضارِبِ؛ فلم يَتَحَقَّقْ خُروجُ الرَّهْنِ من يَدِ الرّاهنِ؛ فلم يجُزِ الرَّهْنُ والأبُ لا يَصْلُحُ عَدْلاً في رَهْنِه بثَمَنِ ما اشترى لِلصَّغيرِ، بأنِ اشترى الأبُ لِلصَّغيرِ شيئًا، ورَهَنَ بثَمَنِ ما اشترى له على أنْ يَضَعَه على يَدِ نَفسِه فالشِّراءُ جائزٌ والرَّهْنُ باطِلٌ؛ لأنّه لَمّا شَرَطَ على أنْ يَضَعَه في يَدِ نَفسِه، فقد شَرَطَ على أنْ لا يخرجَ الرَّهْنُ من يَدِ الرّاهنِ، وإنّه شرطٌ فاسدٌ؛ فيَفْسُدُ الرَّهْنُ.

وهَلْ يَصْلُحُ الرّاهنُ عَدْلاً في الرَّهْنِ؟

فَإنْ كان الرَّهْنُ لم يُقْبَضْ من يَدِه بعدُ، لا يَصْلُحُ، حتى لو شَرَطَ في عقدِ الرَّهْنِ على أنْ يكونَ الرَّهْنُ في يَدِه، فسَدَ العقدُ؛ لأنّ قبضَ المُرْتَهِنِ شرطُ صِحّةِ العقدِ، ولا يَتَحَقَّقُ القبضُ إلاّ بخُروجِ الرَّهْنِ من يَدِ الرّاهنِ، فكان شرطُ كونِه في يَدِه شرطًا فاسدًا فيَفْسُدُ الرَّهْنُ.

وإنْ كان قَبَضَه المُرْتَهِنُ ثم وضَعَه على يَدِه، جازَ بيعُه؛ لأنّ العقدَ قد صَحَّ بالقبضِ، والبيعُ تَصَرُّفٌ من الرّاهنِ في مِلْكِه، فكان الأصلُ فيه هو النّفاذَ، والتّوَقُّفُ [كان] [٥] لِحَقِّ المُرْتَهِنِ، فإذا رَضيَ به فقد زالَ المانِعُ فيَنْفُذُ والله أعلم.

(وأمّا) بيانُ ما يَنْعَزِلُ به العَدْلُ ويخرجُ عن الوكالةِ وما لا يَنْعَزِلُ، فنَقولُ وبالله التوفيق: التّسْليطُ على البيعِ لا يخلو إمّا أنْ يكونَ في عقدِ الرَّهْنِ، وإمّا أنْ يكونَ مُتَأخِّرًا عنه فإنْ كان

---

(١) في المخطوط: «الشركتين».
(٢) في المخطوط: «يضع».
(٣) في المخطوط: «يضع».
(٤) في المخطوط: «يد رب».
(٥) ليست في المخطوط.

في العقدِ فعَزَلَ الرّاهنُ العَدْلَ؛ لا يَنْعَزِلُ من غيرِ رِضا المُرْتَهِنِ؛ لأنّ الوكالةَ إذا كانت في العقدِ [٣/ ٢٠٨أ] كانت تابِعةً للعقدِ، فكانت لازِمةً بالعقدِ، فلا يَنْفَرِدُ الرّاهنُ بفَسْخِها كما لا يَنْفَرِدُ بفَسْخِ العقدِ.

وكذا لا يَنْعَزِلُ بموتِ الرّاهنِ ولا بموتِ المُرْتَهِنِ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ الوكالةَ الثّابِتةَ في العقدِ من تَوابعِ العقدِ، والعقدُ لا يَبْطُلُ بالموتِ فكذا ما هو من تَوابِعِه، وإنْ كان التّسْليطُ مُتَأخِّرًا عن العقدِ فلِلرّاهنِ أنْ يَعْزِلَه، ويَنْعَزِلُ بموتِ الرّاهنِ أيضًا؛ لأنّ التّسْليطَ المُتَأخِّرَ عن العقدِ تَوْكيلٌ مُبْتَدأٌ، فيَنْعَزِلُ الوكيلُ بعَزْلِ الموَكِّلِ وموتِه وسائرِ ما يخرجُ به الوكيلُ عن الوكالةِ، وقد ذَكَرْنا جُمْلَةَ ذلك في كِتابِ الوكالةِ، وهذا الذي ذَكَرْنا جوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ.

وروي عن أبي يوسفَ أنّ التّسْليطَ الطّارِئَ على العقدِ والمُقارِنَ له سَواءٌ؛ لأنّه يَلْتَحِقُ بالعقدِ فيَصيرُ كالموجودِ عند العقدِ، والصّحيحُ جوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأنّ التّسْليطَ لم يوجَدْ عند العقدِ حَقيقةً، وجَعْلُ المَعْدومِ حَقيقةً موجودًا تَقْديرًا لا يجوزُ إلاّ بدَليلٍ ولم يوجَدْ، وتَبْطُلُ الوكالةُ بموتِ العَدْلِ سَواءٌ كانت بعدَ العقدِ أو في العقدِ، ولا يقومُ وارِثُه ولا وصيُّه مَقامَه؛ لأنّ الوكالةَ لا تورَثُ؛ ولأنّ الرّاهنَ رَضيَ به ولم يَرْضَ بغيرِه، فإذا مات بَطَلَتِ الوكالةُ لَكِنْ لا يَبْطُلُ العقدُ، ويوضَعُ الرَّهْنُ في يَدِ عَدْلٍ آخَرَ عن تَراضٍ منهما؛ لأنّه جازَ الوضْعُ في يَدِ الأوّلِ في الابْتِداءِ بتَراضيهما، فكذا [(١)] في يَدِ الثّاني في الانتِهاءِ، فإنِ اختَلَفا في ذلك نَصَّبَ القاضي عَدْلاً ووَضَعَ الرَّهْنَ على يَدِه قَطْعًا للمُنازَعةِ، وليس للعَدْلِ الثّاني أنْ يَبيعَ إلاّ أنْ يَموتَ الرّاهنُ؛ لأنّ الرّاهنَ سَلَّطَ الأوّلَ لا الثّانيَ.

وعلى هذا تَخْرُجُ نَفَقةُ الرهن أنّها على الرّاهنِ لا على المُرْتَهِنِ، والأصلُ [فيه] [(٢)] أنّ ما كان من حُقوقِ المِلْكِ فهو على الرّاهنِ؛ لأنّ المِلْكَ له، وما كان من حُقوقِ اليَدِ فهو على المُرْتَهِنِ؛ لأنّ اليَدَ له.

إذا عُرِفَ هذا، فنقولُ: الرَّهْنُ إذا كان رَقيقًا فطَعامُه وشَرابُه وكِسْوَتُه على الرّاهنِ، [وكَفَنُه عليه] [(٣)] وأُجْرةُ ظِئْرِ ولَدِ الرَّهْنِ عليه، وإنْ كانت دابّةً فالعَلَفُ وأُجْرةُ الرّاعي عليه، وإنْ كان بُسْتانًا فسَقْيُه وتَلْقيحُ نَخْلِه وجِدادُه والقيامُ بمَصالِحِه عليه، سَواءٌ كان في قيمةِ الرَّهْنِ

---

(١) في المخطوط: «فيجوز».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.

فضلٌ أو لم يَكُنْ؛ لأنّ هذِه الأشياءَ من حُقوقِ المِلْكِ، ومُؤناتُ المِلْكِ (على المالِكِ) [(١)]، والمِلْكُ لِلرّاهنِ فكانت المُؤنةُ عليه والخراجُ على الرّاهنِ؛ لأنّه مُؤنةُ المِلْكِ.

-(وامّا) العُشْرُ: ففي الخارجِ يَأخُذه الإمامُ ولا يَبْطُلُ الرَّهْنُ في الباقي، بخلافِ ما إذا استُحِقَّ بعضُ الرَّهْنِ شائعًا، أنّه يَبْطُلُ الرَّهْنُ في الباقي.

(ووجه) الفرْقِ أنّ الفسادَ في الاستحقاقِ لِمَكانِ الشُّيوعِ، ولم يوجَدْ ههنا؛ لأنّ بالاستحقاقِ تَبيَّنَ أنّ الرَّهْنَ في القدرِ المُسْتَحَقِّ لم يَصِحَّ، والباقي شائعٌ والشّياعُ يَمْنَعُ صِحّةَ الرَّهْنِ بخلافِ العُشْرِ؛ لأنّ وُجوبَه في الخارِجِ لا يُخْرِجُه عن مِلْكِه، بدَليلِ أنّه يجوزُ بيعُه ويجوزُ له الأداءُ من غيرِه، فكان الدَّفْعُ إلى الإمامِ بمنزِلةِ إخْراجِ الشّيءِ عن مِلْكِه، فلا يَتَحقَّقُ فيه معنى الشُّيوعِ فهو الفرْقُ.

ولو كان في الرَّهْنِ نَماءٌ فأرادَ الرّاهنُ أنْ يجعَلَ النّفَقةَ - التي ذَكَرْنا أنّها عليه - في نَماءِ الرَّهْنِ ليس له ذلك؛ لأنّ زَوائدَ المَرْهونِ مَرْهونةٌ عندَنا تَبعًا للأصلِ، فلا يَمْلِكُ الإنْفاقَ منها، كما لا يَمْلِكُ الإنْفاقَ من الأصلِ، والحِفْظُ على المُرْتَهِنِ، حتى لو شَرَطَ الرّاهنُ للمُرْتَهِنِ أجرًا على حِفْظِه فحَفِظَ لا يَسْتَحِقُّ شيئًا من الأجرِ؛ لأنّ حِفْظَ الرَّهْنِ عليه، فلا يَسْتَحِقُّ الأجرَ بإتْيانِ ما هو واجبٌ عليه، بخلافِ المودِعِ إذا شَرَطَ للمودَعِ أجرًا على حِفْظِ الوديعةِ أنّ له الأجرَ؛ لأنّ حِفْظَ الوديعةِ ليس بواجبٍ عليه؛ فجازَ شرطُ الأجرِ، وأُجْرةُ الحافِظِ عليه؛ لأنّها مُؤنةُ الحِفْظِ والحِفْظُ عليه وكذا أُجْرةُ المسكَنِ والمَأوَى؛ لِما قُلْنا.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّ كِراءَ المَأوَى على الرّاهنِ، وجُعْلُه بمنزِلةِ النّفَقةِ، وجُعْلُ الآبِقِ على المُرْتَهِنِ بقدرِ الدَّيْنِ والفضْلُ على ذلك على المالِكِ، حتى لو كانت قيمةُ الرَّهْنِ والدَّيْنِ سَواءً أو قيمةُ الرَّهْنِ أقلَّ فالجُعْلُ كُلُّه على المُرْتَهِنِ، وإنْ كانت قيمَتُه أكثرَ فبِقدرِ الدَّيْنِ على المُرْتَهِنِ، وبِقدرِ الزّيادةِ على الرّاهنِ؛ لأنّ وُجوبَ الجُعْلِ على المُرْتَهِنِ؛ لِكَوْنِ المَرْهونِ مضمونًا وإنّه مضمونٌ بقدرِ الدَّيْنِ والفضْلُ أمانةٌ فانقَسَمَ الجُعْلُ عليهما على قدرِ الأمانةِ والضَّمانِ، بخلافِ أُجْرةِ المسكَنِ [٣/ ٢٠٨ب] أنّها على المُرْتَهِنِ خاصّةً، وإنْ كان في قيمةِ الرَّهْنِ فضْلٌ؛ لأنّ الأُجْرةَ إنّما وجَبَتْ على المُرْتَهِنِ؛ لِكَوْنِها

(١) في المخطوط: «ومؤناته».

مُؤنَةَ الحِفْظِ، وكُلُّ المَرْهونِ مَحْفوظٌ بحِفْظِه فكان كُلُّ المُؤنةِ عليه.

فأمّا الجُعْلُ فإنّما لَزِمَه؛ لِكَوْنِ المَرْدودِ مضمونًا والمضمونُ بعضُه لا كُلُّه، فيَتَقَدَّرُ بقدرِ الضَّمانِ والفِداءِ من الجِنايةِ، والدَّيْنُ الذي يَلْحَقُه الرَّهْنُ بمنزلةِ جُعْلِ الآبِقِ يَنْقَسِمُ على المضمونِ والأمانةِ.

وكذلك مُداواةُ الجُروحِ والقُروحِ والأمراضِ تَنْقَسِمُ عليهما على قدرِ الضَّمانِ والأمانةِ كذا ذَكَرَ الكَرْخيُّ.

وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطَّحاويِّ أنّ المُداواةَ على المُرْتَهِنِ من بابِ إحياءِ حَقِّه وهو الدَّيْنُ والله أعلم.

وكُلُّ ما وجَبَ على الرّاهنِ فأدّاه المُرْتَهِنُ بغيرِ إذنِه أو وجَبَ على المُرْتَهِنِ فأدّاه المُرْتَهِنُ [1] بغيرِ إذنِه، فهو مقطوعٌ؛ لأنّه قَضَى دَيْنَ غيرِه بغيرِ أمرِه، فإنْ فعَلَ بأمرِ القاضي يرجعُ على صاحبه؛ لأنّ القاضيَ له وِلايةُ حِفْظِ أموالِ النّاس وصيانَتِها عن الهَلاكِ، والإذنُ بالإنْفاقِ على وجهٍ يرجعُ على صاحبه بما أنْفَقَ طريقُ صيانةِ المالينِ، وكذا إذا فعَلَ أحدُهما بأمرِ صاحبه يرجعُ عليه؛ لأنّه صارَ وكيلًا عنه بالإنْفاقِ.

ورَوَى أبو يوسفَ عن أبي حنيفةَ رحمهما الله أنّ الرّاهنَ إنْ كان غائبًا فأنْفَقَ المُرْتَهِنُ بأمرِ القاضي، يرجعُ عليه، وإنْ كان حاضِرًا، لم يرجعْ عليه.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ: يرجعُ في الحالينِ جميعًا، بناءً على أنّ القاضيَ لا يَلي على الحاضِرِ عندَه، وعندَهما يَلي عليه، وهي مسألةُ الحجرِ على الحُرِّ وسَتَأتي [2] في كِتابِ الحجرِ.

وعلى هذا يخرجُ زَوائدُ الرَّهْنِ أنّها مَرْهونةٌ عندَنا وجُمْلةُ الكَلام في زَوائدِ الرَّهْنِ أنّها على ضرْبَيْنِ: زيادةٍ غيرِ مُتَوَلِّدةٍ من الأصلِ، [ولا] [3] في حُكْمِ المُتَوَلِّدِ منه، كالكَسْبِ والهبةِ والصّدَقةِ، وزيادةٍ مُتَوَلِّدةٍ من الأصلِ، كالولَدِ والثّمَرِ واللَّبَنِ والصّوفِ، أو في حُكْمِ المُتَوَلِّدِ من الأصلِ، كالأرشِ والعُقْرِ، ولا خلافَ في أنّ الزّيادةَ الأولى أنّها ليستْ

---

(١) في المخطوط: «الراهن».

(٢) في المخطوط: «وقد مرت».

(٣) ليست في المخطوط.

بمَرْهونةٍ بنفسِها، ولا هي بَدَلُ المَرْهونةِ [١] ولا جُزْءٌ منه ولا بَدَلُ جُزْءٍ منه، فلا يَثْبُتُ فيها حُكْمُ الرَّهْنِ.

واختُلِفَ في الزّيادةِ الثّانيةِ قال أصحابُنا رحمهم الله: إنّها مَرْهونةٌ [٢].

وقال الشّافعيُّ رحمه الله: ليستْ بمَرْهونةٍ [٣]؛ بناءً على أنّ الحُكْمَ الأصليَّ لِلرَّهْنِ عندَه هو كونُ المُرْتَهِنِ أحق ببيعِ المَرْهونِ، وأحَقَّ بثَمَنِه من بَيْنِ سائرِ الغُرَماءِ، فقبلَ البيعِ لا حَقَّ له في الرَّهْنِ حتى يَسْريَ إلى الولَدِ؛ فأشبَهَ ولَدَ الجاريةِ إذا جَنَتْ ثم ولَدَتْ، أنّ [٤] حُكْمَ الجِنايةِ لا يَثْبُتُ في ولَدِها؛ لِما أنّ حُكْمَ جِنايةِ الأُمِّ هو وُجوبُ الدَّفْعِ إلى المجنيِّ عليه، وأنّه ليس بمَعْنًى ثابِتٍ في الأُمِّ فلم يَسْرِ إلى الولَدِ كذا هذا والدَّليلُ على أنّ الزّيادةَ ليستْ مَرْهونةً أنّها ليستْ بمضمونةٍ [ولو كانت مَرْهونةً لَكانت مضمونةً] [٥] كالأصلِ، وعندَنا: حَقُّ الحبْسِ حُكْمٌ أصليٌّ لِلرَّهْنِ أيضًا وهذا الحقُّ ثابِتٌ في الأُمِّ فيَثْبُتُ في الولَدِ تَبَعًا للأُمِّ، إلاّ أنّها ليستْ بمضمونةٍ؛ لِثُبوتِ حُكْمِ الرَّهْنِ فيها تَبَعًا للأصلِ [٦] فكانت مَرْهونةً تَبَعًا لا أصلاً، كوَلَدِ المَبيعِ أنّه مَبيعٌ على أصلِ أصحابِنا رضي الله عنهم لَكِنْ تَبَعًا لا أصلاً، فلا يكونُ له حِصّةٌ من الثّمَنِ؛ إلاّ إذا صارَ مقصودًا بالقبضِ، فكذا المَرْهونُ تَبَعًا لا يكونُ له حِصّةٌ من الضَّمانِ؛ إلاّ إذا صارَ مقصودًا بالفِكاكِ.

وإذا كانت الزّيادةُ مَرْهونةً عندَنا، كانت مَحْبوسةً مع الأصلِ بكُلِّ الدَّيْنِ، وليس لِلرّاهنِ أنْ يَفْتَكَّ أحدَهما إلاّ بقَضاءِ الدَّيْنِ كُلِّه؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما مَرْهونٌ، والمَرْهونُ مَحْبوسٌ كُلُّه بكُلِّ جُزْءٍ من أجزاءِ الدَّيْنِ؛ لِما نَذْكُرُه في موضِعِه إنْ شاء الله تعالى.

ويَنْقَسِمُ الدَّيْنُ على الأصلِ والزّيادةِ على تَقْديرِ بَقائها إلى وقتِ الفِكاكِ على قدرِ قيمَتِهما، لَكِنْ تُعْتَبَرُ قيمةُ الأصلِ يومَ العقدِ، وقيمةُ الزّيادةِ يومَ الفِكاكِ ونُبَيِّنُ [٧] ذلك في

---

(١) في المخطوط: «المرهون».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوى (ص٩٤، ٩٥)، اللباب (٢/ ١٢)، متن القدوري (ص٤١)، تحفة الفقهاء (٣/ ٤٢)، الهداية مع البناية (١٢/ ٦٩).

(٣) ومذهب الشافعية: لا يدخل الولد واللبن والصوف والثمر من نماء في الرهن، انظر: التنبيه (ص٧١)، المهذب مع المجموع (١٣/ ٢٢٦-٢٣٠)، حلية العلماء (٤/ ٤٣٤، ٤٣٥)، رحمة الأمة (ص١٥١).

(٤) في المخطوط: «لأن».

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) في المخطوط: «لا أصلًا فلا يكون».

(٧) في المخطوط: «وبيان».

موضِعِه إن شاء الله تعالى .

وعلى هذا يُخرّج الزّيادةُ على الرَّهْنِ أنّها لَمّا كانت جائزةً على أصلِ أصحابِنا، كان للمُرْتَهِنِ أنْ يَحْبِسَهما جميعًا بالدَّيْنِ، ولا سَبيلَ لِلرّاهنِ على أحدِهما ما لم يَقْبِضْ جميعَ الدَّيْنِ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما مَرْهونٌ، ويُقْسَمُ الدَّيْنُ بينهما على قدرِ قيمَتِهما، إلاّ أنّه تُعْتَبَرُ قيمةُ الرَّهْنِ الأصليِّ وقتَ العقدِ، وقيمةُ الزّيادةِ وقتَ [٣/ ٢٠٩أ] الزّيادةِ، وأيُّهما هَلك يَهْلِكُ بحِصَّتِه من الدَّيْنِ بخلافِ [زيادةِ الرَّهْنِ] (١) والفرْقُ بين الزّيادَتَيْنِ يَأتي في موضِعِه، إنْ شاء الله تعالى .

(وأمّا) الذي يَتَعَلَّقُ بكيفيّةِ هذا الحُكْمِ فنوعانِ :

الأوّلُ: أنّ الثّابِتَ للمُرْتَهِنِ حَقُّ حَبْسِ الرَّهْنِ بالدَّيْنِ الذي رَهَنَ به، وليس له أنْ يُمْسِكَه بدَيْنٍ وجَبَ له على الرّاهنِ قبلَ الرَّهْنِ أو بعدَه؛ لأنّه مَرْهونٌ (٢) بهذا الدَّيْنِ لا بدَيْنٍ آخَرَ، فلا يَمْلِكُ حَبْسَه بدَيْنٍ آخَرَ؛ لأنّ ذلك دَيْنٌ لا رَهْنَ به .

والثّاني: أنّ المَرْهونَ مَحبوسٌ بجميعِ الدَّيْنِ الذي رَهَنَ به، سَواءٌ كانت قيمةُ الرَّهْنِ [illegible]من الدَّيْنِ أو أقلَّ) (٣)، حتى لو قَضَى الرّاهنُ بعضَ الدَّيْنِ، كان للمُرْتَهِنِ أنْ يَحْبِسَ الرَّهْنِ، حتى يَسْتَوْفيَ ما بَقيَ، قَلَّ الباقي أو كثُرَ؛ لأنّ الرَّهْنَ في حَقِّ مِلْكِ الحبْسِ مِمّا [illegible]أ، فما بَقيَ شيءٌ من الدَّيْنِ بَقيَ مَحْبوسًا به، كالمَبيعِ قبلَ القبضِ لَمّا كان مَحْبوسًا [illegible]الثَّمنِ فما بَقيَ شيءٌ من (الثّمَنِ بَقيَ) (٤) مَحْبوسًا به كذا هذا .

[illegible]صَفْقةَ الرَّهْنِ واحدةٌ فاستِرْدادُ شيءٍ من المَرْهونِ بقَضاءِ بعضِ الدَّيْنِ يَتَضَمَّنُ تفريقَ [illegible] غيرِ رِضا المُرْتَهِنِ؛ وهذا لا يجوزُ، وسَواءٌ كان المَرْهونُ شيئًا واحدًا أو أشياءَ، [illegible]الرّاهِنِ أنْ يَسْتَرِدَّ شيئًا من ذلك بقَضاءِ بعضِ الدَّيْنِ؛ لِما قُلْنا، وسَواءٌ سَمَّى لِكُلِّ واحدٍ [illegible]المالِ الذي رَهَنَ به أو لم يُسَمِّ في رِوايةِ الأصلِ .

[illegible] الزّياداتِ فيمَنْ رَهَنَ مِائةَ شاةٍ بألفِ درهَمٍ، على أنّ كُلَّ شاةٍ منهم بعَشَرةٍ فأدَّى عَشَرةَ [دراهمَ] (٥)؛ كان له أنْ يَقْبِضَ شاةً .

---

(١) ليست في المخطوط .

(٢) في المخطوط : «رهن» .

(٣) في المخطوط : «أقل من الفك أو أكثر» .

(٤) في المخطوط : «الدين يكون» .

(٥) ليست في المخطوط .

ذَكَرَ الحاكِمُ الشَّهيدُ أنّ ما ذُكِرَ في الأصلِ قولُ أبي يوسفَ، وما ذُكِرَ في الزّياداتِ قولُ محمّدٍ.

وذَكَرَ الجصّاصُ أنّ في المسألةِ رِوايَتَيْنِ عن محمّدٍ وجه رِوايةِ الزّياداتِ أنّه لَمّا سَمَّى لِكُلٍّ واحدٍ منهما دَيْنًا مُتفرّقًا؛ أوجَبَ ذلك تفريقَ الصّفْقةِ، فصارَ كأنّه رَهَنَ[1] كُلَّ واحدٍ منهما بعقدٍ على حِدةٍ.

وجه رِوايةِ الأصلِ: أنّ الصّفْقةَ واحدةٌ حَقيقةً؛ لأنّها أُضيفَتْ إلى الكُلِّ إضافةً واحدةً، إلاّ أنّه تَفرّقَتِ التّسْميةُ، وتفريقُ التّسْميةِ لا يوجِبُ تفريقَ الصّفْقةِ، كما في باب البيعِ إذا اشتمَلَتِ الصّفْقةُ على أشياءَ كان للبائعِ حَقُّ حَبْسِ كُلِّها إلى أنْ يَسْتَوْفيَ جميعَ الثّمَنِ، وإنْ سَمَّى لِكُلٍّ واحدٍ منهما ثَمَنًا على حِدةٍ كذا هذا.

وأمّا الحُكمُ الثّاني: وهو اختِصاصُ المُرْتَهِنِ ببيعِ المَرْهونِ له، واختِصاصُه بثَمَنِه، فنَقولُ وباللّه التّوْفيقُ:

إذا بيعَ الرَّهْنُ في حالِ حياةِ الرّاهنِ وعليه دُيونٌ أُخَرُ، فالمُرْتَهِنُ أحَقُّ بثَمَنِه من بَيْنِ سائرِ الغُرَماءِ؛ لأنّ بعقدِ الرَّهْنِ ثَبَتَ له الاختِصاصُ بالمَرْهونِ؛ فيَثْبُتُ له الاختِصاصُ ببَدَلِه وهو الثّمَنُ، ثم إنْ كان الدَّيْنُ حالاً والثّمَنُ من جنسِه، فقد استَوْفاه إنْ كان في الثّمَنِ وفاءٌ بالدَّيْنِ، وإنْ كان فيه فضْلٌ، رَدَّه على الرّاهنِ، وإنْ كان أنْقَصَ من الدَّيْنِ، يرجعِ المُرْتَهِنُ بفَضْلِ الدَّيْنِ على الرّاهنِ، وإنْ كان الدَّيْنُ مُؤَجَّلاً حُبِسَ الثّمَنُ إلى وقتِ حُلولِ الأجَلِ؛ لأنّه بَدَلُ المَرْهونِ فيكونُ مَرْهونًا، فإذا حَلَّ الأجَلُ فإنْ كان الثّمَنُ من جنسِ الدَّيْنِ، صارَ مُسْتَوْفيًا دَيْنَه، وإنْ كان من خلافِ جنسِه، يَحْبِسُه إلى أنْ يَسْتَوْفيَ دَيْنَه كُلَّه، وكذلك إذا بيعَ الرَّهْنُ بعدَ وفاةِ الرّاهنِ وعليه دُيونٌ ولم يخلُفْ مالاً آخرَ سِوَى الرَّهْنِ، كان المُرْتَهِنُ أحَقَّ بثَمَنِه من بَيْنِ سائرِ الغُرَماءِ؛ لِما ذَكَرْنا، فإنْ فضَلَ منه شيءٌ، يُضَمُّ الفضْلُ إلى مالِ الرّاهنِ ويُقْسَمُ بين الغُرَماءِ بالحِصَصِ؛ لأنّ قدرَ الفضْلِ لم يَتَعَلَّقْ به حَقُّ المُرْتَهِنِ، وإنْ نَقَصَ عن الدَّيْنِ، يرجعُ المُرْتَهِنُ بما بَقيَ من دَيْنِه في مالِ الرّاهنِ، وكان بينه وبين الغُرَماءِ بالحِصَصِ؛ لأنّ قدرَ الفضْلِ من الدَّيْنِ دَيْنٌ لا رَهْنَ به فيَسْتَوي فيه الغُرَماءُ.

---

(١) في المخطوط: «جعل».

وكذلك لو كان على الرّاهنِ دَيْنٌ آخرُ، كان المُرْتَهِنُ فيه أُسْوةَ الغُرَماءِ، وليس له أنْ يَسْتَوْفيَه من ثَمَنِ الرَّهْنِ؛ لأنّ ذلك الدَّيْنَ لا رَهْنَ به فيَتَضارَبُ فيه الغُرَماءُ كُلُّهم.

وأمّا الحكمُ الثالِثُ: وهو وُجوبُ تسليمِ المَرْهونِ عند الافْتِكاكِ، فيَتَعَلَّقُ به معرفةُ وقتِ وُجوبِ التَّسْليمِ فنَقولُ: وقتُ وُجوبِ التَّسْليمِ [١] ما بعدَ قَضاءِ الدَّيْنِ، يَقْضي الدَّيْنَ أوّلاً ثم يُسَلِّمُ الرَّهْنَ؛ لأنّ الرَّهْنَ وثيقةٌ، وفي تَقْديمِ تسليمِه إبطالُ الوثيقةِ؛ ولأنّه لو سَلَّمَ الرَّهْنَ [٣/ ٢٠٩ب] أوّلاً فمن الجائزِ أنْ يَموتَ الرّاهنُ قبلَ قَضاءِ الدَّيْنِ فيَصيرُ المُرْتَهِنُ كواحدٍ من الغُرَماءِ فيَبْطُلُ حَقُّه، فلَزِمَ تَقْديمُ قَضاءِ الدَّيْنِ على تسليمِ الرَّهْنِ، إلاّ أنّ المُرْتَهِنَ إذا طَلَبَ [الدَّيْنَ] [٢]، يُؤمَرُ بإحضارِ الرَّهْنِ أوّلاً ويُقالُ له: أحْضِرِ الرَّهْنَ إذا كان قادِرًا على الإحضارِ من غيرِ ضرَرٍ زائدٍ، ثم يُخاطَبُ الرّاهنُ بقَضاءِ الدَّيْنِ؛ لأنّه لو خوطِبَ بقَضائه من غيرِ إحضارِ الرَّهْنِ - ومن الجائزِ أنّ الرَّهْنَ قد هَلك وصارَ المُرْتَهِنُ مُسْتَوْفيًا دَيْنَه من الرَّهْنِ - فيُؤَدّي إلى الاستيفاءِ مَرّتَيْنِ.

وكذلك المُشتري يُؤمَرُ بتسليمِ الثّمَنِ أوّلاً؛ إذا كان دَيْنًا، ثم يُؤمَرُ البائعُ بتسليمِ المَبيعِ؛ لِما ذَكَرْنا في كِتابِ البيوعِ، إلاّ أنّ البائعَ إذا طالَبَه بتسليمِ الثّمَنِ، يُقالُ له: أحْضِر المَبيعَ؛ لِجوازِ أنّ المَبيعَ قد هَلك، وسَواءٌ كان عَيْنُ الرَّهْنِ قائمًا في يَدِ المُرْتَهِنِ، أو كان في يَدِه بَدَلُه بعدَ أنْ كان البَدَلُ من خلافِ جنسِ الدَّيْنِ، نحوُ ما إذا كان المُرْتَهِنُ مُسَلَّطًا على بيعِ الرَّهْنِ فباعه بخلافِ جنسِ الدَّيْنِ أو قُتِلَ الرَّهْنُ خَطَأً، وقُضيَ بالدِّيةِ من خلافِ جنسِ الدَّيْنِ، فطالَبَه المُرْتَهِنُ بدَيْنِه كان لِلرّاهنِ أنْ لا يَدْفَعَ حتى يُحْضِرَه المُرْتَهِنُ؛ لأنّ البَدَلَ قائمٌ مَقامَ المُبْدَلِ فكان المُبْدَلُ قائمًا ولو كان قائمًا، [كان] [٣] له أنْ يَمْنَعَ ما لم يُحْضِرْه المُرْتَهِنُ فكذلك إذا قامَ البَدَلُ مَقامَه.

ولو كان الرَّهْنُ على يَدَيْ عَدْلٍ وجَعَلا للعَدْلِ أنْ يَضَعَه عند مَنْ أحَبَّ وقد وضَعَه عند رجلٍ، فطَلَبَ المُرْتَهِنُ دَيْنَه يُجْبَرُ الرّاهنُ على قَضاءِ الدَّيْنِ ولا يُكَلَّفُ المُرْتَهِنُ بإحضارِ الرَّهْنِ؛ لأنّ قَضاءَ الدَّيْنِ واجبٌ على الرّاهنِ على سَبيلِ التَّضْييقِ، إلاّ أنّه رُخِّصَ له التّأخيرُ إلى غايةِ [٤] إحضارِ الدَّيْنِ عند القُدْرةِ على الإحضارِ، وهنا لا قُدْرةَ للمُرْتَهِنِ على

---

(١) في المخطوط: «تسليمه».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «حال».

إحضارِه؛ لأنّ للعَدْلِ أنْ يَمْنَعَه عنه ولو أُخِذَ من يَدِه جَبْرًا، كان غاصِبًا وإلى هذا المعنى أشارَ محمّدٌ في الكِتابِ فقال: كيفَ يُؤمَرُ بإحضارِ شيءٍ لو أخذه كان غاصِبًا؟ وإذا سَقَطَ التَّكْليفُ بالإحضارِ، زالَتِ الرُّخْصةُ فيُخاطَبُ بقَضاءِ الدَّيْنِ.

وكذلك إذا وضَعا الرَّهْنَ على يَدِ عَدْلٍ، فغابَ العَدْلُ بالرَّهْنِ ولا يُدْرَى أينَ هو، لا يُكَلَّفُ المُرْتَهِنُ بإحضارِ الرَّهْنِ، ويُجْبَرُ الرّاهنُ على قَضاءِ الدَّيْنِ لِما ذَكَرْنا.

ولو كان الرَّهْنُ في يَدِ المُرْتَهِنِ فالتَقَيا في بَلَدٍ آخَرَ، فطالَبَ المُرْتَهِنُ الرّاهنَ بقَضاءِ دَيْنِه [1]، فإنْ كان الدَّيْنُ مِمّا له حَمْلٌ ومُؤنةٌ، يُجْبَرُ الرّاهنُ على قَضاءِ الدَّيْنِ، ولا يُجْبَرُ المُرْتَهِنُ على إحضارِ الرَّهْنِ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ قَضاءَ الدَّيْنِ واجبٌ عليه على سَبيلِ التَّضْييقِ والتّأخيرِ إلى وقتِ الإحضارِ لِلضَّرورةِ التي ذَكَرْناها عند القُدْرةِ على الإحضارِ من غيرِ ضَرَرٍ زائدٍ، والمُرْتَهِنُ هنا لا يَقْدِرُ على الإحضارِ إلاّ بالمُسافَرةِ بالرَّهْنِ، أو بنَقْلِه من مَكانِ العقدِ وفيه ضرَرٌ بالمُرْتَهِنِ فسَقَطَ التَّكْليفُ بالإحضارِ.

ولو ادَّعَى الرّاهنُ هَلاكَ الرَّهْنِ فقال المُرْتَهِنُ: لم يَهْلِكْ فالقولُ قولُ المُرْتَهِنِ مع يَمينِه؛ لأنّ الرَّهْنَ كان قائمًا، والأصلُ في الثّابتِ بَقاؤُه، فالمُرْتَهِنُ يَسْتَصْحِبُ حالةَ القيامِ، والرّاهنُ يَدَّعي زَوالَ تلك الحالةِ، والقولُ قولُ مَنْ يَدَّعي الأصلَ؛ لأنّ الظّاهرَ شاهدٌ له؛ ولأنّ الرّاهنَ بدَعْوَى الهَلاكِ يَدَّعي على المُرْتَهِنِ استيفاءَ الدَّيْنِ، وهو مُنْكِرٌ؛ فكان القولُ قوله مع يَمينِه، ويُحَلَّفُ على البَتاتِ؛ لأنّه يُحَلَّفُ على فعلِ نَفسِه وهو القبضُ السّابقُ؛ لأنّ المُرْتَهِنَ لا يَصيرُ مُسْتَوْفيًا بالهَلاكِ؛ لأنّه لا صُنْعَ له فيه بل بالقبضِ السّابِقِ وذلك فعلُه، بخلافِ ما إذا كان الرَّهْنُ عند عَدْلٍ فغابَ بالرَّهْنِ فاختَلَفَ الرّاهنُ والمُرْتَهِنُ في هَلاكِ الرَّهْنِ أنّ هناك يُحَلَّفُ المُرْتَهِنُ على العِلْمِ لا على البَتاتِ؛ لأنّ ذلك تَحْليفٌ على فعلِ غيرِه وهو قبضُ العَدْلِ فتَعَذَّرَ التَّحْليفُ على البَتاتِ فيُحَلَّفُ على العِلْمِ، كما لو ادَّعَى الرّاهنُ أنّه أوفَى الدَّيْنَ وكيلَ المُرْتَهِنِ، والمُرْتَهِنُ يُنْكِرُ، أنّه يُحَلَّفُ على العِلْمِ؛ لِما ذَكَرْنا كذا هذا.

وإنْ كان الرَّهْنُ مِمّا لا حَمْلَ له ولا مُؤنةَ، فالقياسُ أنّه يُجْبَرُ على قَضاءِ الدَّيْنِ، وفي الاستحسانِ لا يُجْبَرُ ما لم يُحْضِرِ المُرْتَهِنُ الرَّهْنَ؛ لأنّه ليس في إحضارِه ضرَرٌ زائدٌ وعلى

(١) في المخطوط: «بدينه».

هذا الأصلِ مَسائلُ في الزّيادات.

ولو اشترى شيئًا ولم يَقْبِضْه [٣/ ٢١٠أ] ولم يُسَلِّم الثّمَنَ حتى لَقيَه البائعُ في غيرِ مِصْرِه الذي وقَعَ البيعُ فيه، فطالَبَه بالثّمَنِ وأبَى المُشتري حتى يُحْضِرَ المَبيعَ لا يُجْبَرُ المُشتري على تسليمِ الثّمَنِ حتى يُحْضِرَ البائعُ المَبيعَ، سَواءٌ كان له حَمْلٌ ومُؤنةٌ أو لم يَكُنْ، فُرِّقَ بين البيعِ والرَّهْنِ.

ووجه الفرق: أنّ البيعَ مُعاوَضةٌ مُطْلَقةٌ، والمُساواةُ في المُعاوَضاتِ المُطْلَقةِ مَطْلوبةٌ عادةً وشريعةً، ولا تَتَحقَّقُ المُساواةُ من غيرِ إحضارِ المَبيعِ بخلافِ الرَّهْنِ؛ لأنّه ليس بمُعاوَضةٍ مُطْلَقةٍ وإنْ كان فيه معنى المُعاوَضةِ، فلا يَلْزَمُ اعتِبارُ المُساواةِ بين المَرْهونِ والمَرْهونِ به وهو الدَّيْنُ في هذا الحُكْمِ والله أعلم.

فصل [فيما يتعلق بحال هلاك المرهون]

وَأمّا الذي يَتَعلَّقُ (بحالِ هَلاكِ)[1] المَرْهونِ: فالمَرْهونُ إذا هَلك، لا يخلو إمّا أنْ يَهْلِكَ بنفسِه وإمّا أنْ يَهْلِكَ بالاستِهْلاكِ، فإنْ هَلك بنفسِه، يَهْلِكُ مضمونًا بالدَّيْنِ عندَنا والكَلامُ في هذا الحُكْمِ في ثلاثةِ مَواضِعَ:

أحدُها: في بيانِ أصلِ الضَّمانِ أنّه ثابِتٌ أم لا.

والثاني: في بيانِ شَرائطِ الضَّمانِ.

والثالِثُ: في بيانِ قدرِ الضَّمانِ وكيفيَّتِه.

أمّا الأوّلُ: فقد اختُلِفَ فيه قال أصحابُنا رضي الله عنهم: إنّ المَرْهونَ يَهْلِكُ مضمونًا بالدَّيْنِ[2].

وقال الشافعيُّ رحمه الله: يَهْلِكُ أمانةً[3].

---

(١) في المخطوط: «بهلاك».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: أحكام القرآن للجصاص (١/ ٥٢٦)، متن القدوري (ص٤٠، ٤١)، الكتاب مع اللباب (٢/ ٥)، طريقة الخلاف في الفقه ص (٤٣١- ٤٣٤).

(٣) وفي بيان مذهب الشافعية: الرهن أمانة تهلك من مال الراهن والدين بحاله، انظر: الأم (٣/ ١٤٧، ١٤٨)، مختصر المزني (ص١٠١)، اختلاف العلماء ص (٢٦٧- ٢٧٠)، التنبيه (ص٧١)، المهذب مع المجموع (١٣/ ٢٤٩، ٢٥٠) حلية العلماء (٤/ ٤٥٨، ٤٥٩)، رحمة الأمة (ص١٥١).

احتجَّ بما رُوِيَ عن رَسُولِ الله ﷺ أنّه قال: «لا يَغْلَقُ [١] الرَّهْنُ، لا يَغْلَقُ [٢] الرَّهْنُ، لا يَغْلَقُ [٣] الرَّهْنُ، هُوَ لِصاحِبِه الذِي رَهَنَه، له غُنْمُه، وعليه غُرْمُه» [٤] فقد جعل النبيُّ ﷺ غُرْمَ الرَّهْنِ على الرّاهنِ، وإنّما يكونُ غُرْمُه عليه إذا هَلك [٥] أمانةً؛ لأنّ عليه قَضاءَ دَيْنِ المُرْتَهِنِ، فأمّا إذا هَلك مضمونًا، كان غُرْمُه على المُرْتَهِنِ حيث سَقَطَ حَقُّه، لا على الرّاهنِ، وهذا خلافُ النّصِّ؛ ولأنّ عقدَ الرَّهْنِ شُرِعَ وثيقةً بالدَّيْنِ ولو سَقَطَ الدَّيْنُ بهَلاكِ المَرْهونِ، لَكان تَوْهينًا [٦] لا تَوْثيقًا؛ لأنّه يَقَعُ تَعْريضُ الحقِّ لِلتَّلَفِ على تَقْديرِ هَلاكِ الرَّهْنِ، فكان تَوْهينًا للحَقِّ لا تَوْثيقًا له.

(ولَنا) ما رُوِيَ عن النَّبِيِّ ﷺ أنّه قال: «الرَّهْنُ بما فِيه»، وفِي رِوايةٍ: «ذهب الرِّهانُ بما فِيها» وهذا نَصٌّ [في البابِ] [٧] لا يحتملُ التّأويلَ.

ورُوِيَ أنّ رجلاً رَهَنَ بدَيْنٍ عندَ رجلٍ فرَسًا بحَقٍّ له عليه، فنَفَقَ الفرَسُ عندَهُ؛ فطالَبَه المُرْتَهِنُ بحَقِّه، فاختَصَما إلى رَسُولِ الله ﷺ فقال عليه الصلاة والسلام: «ذهب حَقُّكَ» [٨]؛ ولأنّ المُرْتَهِنَ جُعِلَ [٩] مُسْتَوْفيًا لِلدَّيْنِ عند هَلاكِ الرَّهْنِ، فلا يَمْلِكُ الاستيفاءَ ثانيًا كما إذا استَوْفَى بالفِكاكِ، وتَقْريرُ معنى الاستيفاءِ في الرَّهْنِ ذَكَرْناه في مَسائلِ الخلافِ.

وأمّا الحديثُ فيحتملُ أنْ يكونَ معنى قولِه ﷺ: «لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ» أي لا يَهْلِكُ، إذِ الغَلْقُ يُسْتَعْمَلُ في الهَلاكِ، كذا قال بعضُ أهلِ اللُّغةِ، وعلى هذا كان الحديثُ حُجّةً عليه؛ لأنّه يَذْهَبُ بالدَّيْنِ فلا يكونُ هالِكًا مَعْنًى.

وقيلَ: مَعْناه أي لا يَسْتَحِقُّه المُرْتَهِنُ ولا يَمْلِكُه عند امتِناعِ الرّاهنِ عن قَضاءِ الدَّيْنِ، وهذا كان حُكْمًا جاهليًّا، فجاءَ الإسلامُ فأبطَلَه.

---

(١) في المخطوط: «يعلق».
(٢) في المخطوط: «يعلق».
(٣) في المخطوط: «يعلق».
(٤) سبق تخريجه.
(٥) في المخطوط: «كان».
(٦) في المخطوط: «توقيفًا».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٥٢٤)، برقم (٢٢٧٨٥)، وأبو داود في مراسيله (١/ ١٧٢)، برقم (١٨٨) من حديث عطاء بن أبي رباح رضي الله عنه، والحديث مرسل، وفي إسناده مصعب بن ثابت، والأكثر على ضعفه.
(٩) في المخطوط: «حصل».

وقوله ﷺ: «عليه غُرمُه» أي نَفَقَتُه وكَفَنُه، ونَحْنُ به نَقولُ وقوله: إنّه وثيقةٌ، قُلْنا: معنى التّوْثيقِ في الرَّهْنِ هو التّوَصُّلُ [1] إليه في أقرَبِ الأوقاتِ؛ لأنّه [2] كان للمُرْتَهِنِ وِلايةُ مُطالَبةِ الرّاهنِ بقَضاءِ الدَّيْنِ من مُطْلَقِ مالِه، وبعدَ الرَّهْنِ حَدَثَتْ له وِلايةُ المُطالَبةِ بالقَضاءِ من (مالِه المُعَيَّنِ) [3] وهو الرَّهْنُ بواسطةِ البيعِ فازْدادَ طريقُ الوُصولِ إلى حَقِّه؛ فحَصَلَ معنى التّوْثيقِ.

فصل [شروط كون الرهن مضمونا عند الهلاك]

(وأمّا) شَرائطُ كونِه مضمونًا عند الهَلاكِ فأنْواعٌ: منها قيامُ الدَّيْنِ، حتى لو سَقَطَ الدَّيْنُ من غيرِ عِوَضٍ، ثم هَلك الرَّهْنُ في يَدِ المُرْتَهِنِ هَلك أمانةً.

وعلى هذا يخرجُ ما إذا أبرَأ المُرْتَهِنُ الرّاهنَ عن الدَّيْنِ، ثم هَلك الرَّهْنُ في يَدِ المُرْتَهِنِ أنّه يَهْلِكُ بغيرِ شيءٍ، ولا ضَمانَ على المُرْتَهِنِ فيه إذا لم يوجَدْ منه مَنْعُ الرَّهْنِ من الرّاهنِ عند طَلَبه استحسانًا، والقياسُ أنْ يُضْمَنَ، وهو قولُ زُفَرَ.

ولو استَوْفَى دَيْنَه ثم هَلك الرَّهْنُ في يَدِه، يَهْلِكُ بالدَّيْنِ وعليه بَدَلُ [4] ما استَوْفَى، وزُفَرُ سَوّى بين الإبْراءِ والاستيفاءِ، ونَحْنُ نُفَرِّقُ بينهما.

وجه القياس: أنّ قبضَ الرَّهْنِ قبضُ استيفاءٍ، ويَتَقَرَّرُ ذلك الاستيفاءُ عند الهَلاكِ فيَصيرُ كأنّه استَوْفَى الدَّيْنَ، ثم أبرَأ عنه ثم هَلك الرَّهْنُ ولو كان كذلك يُضْمَنُ كذا هذا؛ ولأنّ [٣/ ٢١٠ب] المَرْهونَ لَمّا صارَ مضمونًا بالقبضِ، يَبْقَى الضَّمانُ ما بَقيَ القبضُ وقد بَقيَ؛ لانعِدامِ ما يَنْقُضُه [5].

وجه الاستحسانِ: أنّ كونَ المَرْهونِ مضمونًا بالدَّيْنِ يَسْتَدْعي قيامَ الدَّيْنِ؛ لأنّ الضَّمانَ هو ضَمانُ الدَّيْنِ، وقد سَقَطَ بالإبْراءِ؛ فاستَحالَ أنْ يَبْقَى مضمونًا به، وقد خَرَجَ الجوابُ عن قولِه: إنّ الاستيفاءَ يَتَقَرَّرُ عند الهَلاكِ؛ لأنّا نَقولُ: نَعَمْ إذا كان الدَّيْنُ قائمًا، فإذا سَقَطَ بالإبْراءِ، لا يُتَصَوّرُ الاستيفاءُ، وهذا بخلافِ ما إذا استَوْفَى الدَّيْنَ ثم هَلك الرَّهْنُ في يَدِ

---

(١) في المخطوط: «التوسل».
(٢) في المخطوط: «أنه».
(٣) في المخطوط: «مال الغير».
(٤) في المخطوط: «رد».
(٥) في المخطوط: «ينتقصه».

المُرْتَهِنِ؛ لأنّ قبضَ الرَّهْنِ قائمٌ والضَّمانَ مُتَعَلِّقٌ به، فيَبْقَى ما بَقِيَ القبضُ، ما لم يوجَدِ المُسْقِطُ، والاستيفاءُ لا يُسْقِطُ الضَّمانَ بل يُقَرِّرُه؛ لأنّ المُسْتَوْفَى يَصيرُ مضمونًا على المُرْتَهِنِ بخلافِ الإبْراءِ؛ لأنّه مُسْقِطٌ؛ لأنّ الإبْراءَ إسقاطٌ فلا يَبْقَى الضَّمانُ، فهو الفرْقُ، هذا إذا لم يوجَدْ من المُرْتَهِنِ مَنْعُ الرَّهْنِ من الرّاهنِ بعدَ طَلَبه، فإنْ وُجِدَ ثم هَلك الرَّهْنُ في يَدِه، ضَمن كُلَّ قيمَتِه؛ لأنّه صارَ غاصِبًا بالمَنْعِ، والمَغْصوبُ مضمونٌ بكُلِّ القيمةِ وعلى هذا يخرجُ ما إذا أخذتِ المَرْأةُ بصَداقِها رَهْنًا، ثم طَلَّقَها الزَّوْجُ قبلَ الدُّخولِ ثم هَلك الرَّهْنُ في يَدِها أنّه لا ضَمانَ عليها في نصفِ الصّداقِ الذي سَقَطَ بالطَّلاقِ؛ لأنّها لم تَصِرْ مُسْتَوْفيةً لِذلك النِّصْفِ عند هَلاكِ الرَّهْنِ؛ لِسُقوطِه بالطَّلاقِ فلم يَبْقَ القبضُ مضمونًا.

وكذلك لو أخذتْ بالصّداقِ رَهْنًا، ثم ارتَدَّتْ قبلَ الدُّخولِ بها حتى سَقَطَ الصّداقُ[1]، ثم هَلك الرَّهْنُ في يَدِها لا ضَمانَ عليها؛ لأنّ الصّداقَ لَمّا سَقَطَ بالرِّدّةِ لم يَبْقَ القبضُ مضمونًا، فصارَ كما لو أبرَأتْه عن الصّداقِ ثم هَلك الرَّهْنُ في يَدِها ولو لم يَكُنِ المَهْرُ مُسَمًّى حتى وجَبَ مَهْرُ المثلِ، فأخذتْ بمَهْرِ المثلِ رَهْنًا، ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها حتى وجَبَتْ عليه المُتْعةُ لم يَكُنْ لها أنْ تحبس الرَّهْنَ بالمُتْعةِ ولو هَلك في يَدِها ولم يوجَدْ منها مَنْعٌ يَهْلِكُ بغيرِ شيءٍ، والمُتْعةُ باقيةٌ على الزَّوْجِ، وهذا قولُ أبي يوسفَ.

وقال محمّد: لها حَقُّ الحبْسِ بالمُتْعةِ [وإذا هلك يهلك بالمتعة][2] ولَقَبُ المسألةِ أنّ الرَّهْنَ بمَهْرِ المثلِ هَلْ يكونُ رَهْنًا بالمُتْعةِ؟ عند أبي يوسفَ لا يكونُ، وعند محمّدٍ يكونُ، ولم يُذْكَرْ قولُ أبي حنيفةَ في الأصلِ؛ وذَكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله قوله مع [قولِ][3] أبي يوسفَ.

وجه قولِ محمّدٍ: أنّ الرَّهْنَ بالشّيءِ رَهْنٌ ببَدَلِه في الشّرعِ؛ لأنّ بَدَلَ الشّيءِ يقومُ مَقامَه كأنّه هو؛ لِهذا كان الرَّهْنُ بالمَغْصوبِ رَهْنًا بقيمَتِه عند هَلاكِه، والرَّهْنُ بالمُسْلَم فيه رَهْنًا برَأسِ مال السلم عند الإقالةِ، والمُتْعةُ بَدَلٌ عن نصفِ مهر المثل؛ لأنّه يجبُ[4] بالسَّبَبِ الذي يجبُ مَهْرُ المثلِ به وهو النّكاحُ عند عَدَمِه، وهذا حَدُّ البَدَلِ في أصولِ الشَّرعِ.

ولأبي يوسفَ أنّ المُتْعةَ وجَبَتْ أصلاً بنفسِها لا بَدَلاً عن مَهْرِ المثلِ، والسَّبَبُ انعقَدَ

---

(١) في المخطوط: «المهر».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «يوجب».

لِوُجوبِها ابْتِداءً، كما (أنّ العقدَ) [(١)] لِوُجوبِ مَهْرِ المثلِ بالطَّلاقِ زالَ في حَقِّ أحدِ الحُكْمَيْنِ وبَقِيَ في حَقِّ الحُكْمِ الآخَرِ، إلاّ أنّه لا يُعْمَلُ فيه إلاّ بعدَ الطَّلاقِ فكان الطَّلاقُ شرطَ عملِ السَّبَبِ، وهذا لا يَدُلُّ على كونِها بَدَلاً كما في سائرِ الأسْبابِ المُعَلَّقةِ بالشُّروطِ ولو أسْلَمَ في طَعامٍ وأخذ به رَهْنًا ثم تَفاسَخا العقدَ، كان له أنْ يَحْبِسَ الرَّهْنَ برأسِ المالِ؛ لأنّ رَأسَ المالِ بَدَلٌ عن المُسْلَمِ فيه، فإنْ هَلك الرَّهْنُ في يَدِه، يَهْلِكُ بالطَّعامِ؛ لأنّ القبضَ حينَ وُجودِه وقَعَ مضمونًا بالطَّعامِ وبالإقالةِ لم يَسْقُطِ الضَّمانُ أصلاً؛ لأنّ بَدَلَه قائمٌ في قدر [(٢)] رَأسِ المالِ فيَبْقَى القبضُ مضمونًا على ما كان، بخلافِ ما إذا أبرَأه عن الدَّيْنِ ثم هَلك الرَّهْنُ في يَدِ المُرْتَهِنِ، أنّه يَهْلِكُ بغيرِ شيءٍ؛ لأنّ الضَّمانَ هناك سَقَطَ أصلاً ورأسًا، فخَرَجَ القبضُ من أنْ يكونَ مضمونًا.

ولو اشترى عبدًا وتَقابَضا ثم تَفاسَخا، كان للمُشتري أنْ يَحْبِسَ المَبيعَ حتى يَسْتَوْفيَ الثّمَنَ؛ لأنّ المُشتريَ بعدَ التّفاسُخِ يَنْزِلُ [(٣)] مَنْزِلةَ البائعِ، وللبائعِ حَقُّ حَبْسِ المَبيعِ حتى يَسْتَوْفيَ الثّمنَ فكذا المُشتري [(٤)]، وكذلك لو أنّ البائعَ سَلَّمَ المَبيعَ وأخذ بالثّمَنِ رَهْنًا من المُشتري ثم تَقايَلا كان للبائعِ أنْ يَحْبِسَ الرَّهْنَ حتى يَقْبِضَ المَبيعَ كما في السَّلَمِ فإن هلك الرهن في يده يهلك بالثمن لأن القبض حين وجوده وقع مضمونا بالثمن فلا يتغير عما كان عليه كما في السلم والله أعلم [٣/ ٢١١أ].

ومنها: أنْ يكونَ هَلاكُ المَرْهونِ في قبضِ الرَّهْنِ فإنْ لم يَكُنْ لا يكونُ مضمونًا بالدَّيْنِ، وإنْ بَقِيَ عقدُ الرَّهْنِ؛ لأنّ المَرْهونَ إنّما صارَ مضمونًا بالقبضِ، فإذا خَرَجَ عن قبضِ الرَّهْنِ، لم يَبْقَ مضمونًا.

وعلى هذا يخرجُ ما إذا غَصَبَ الرَّهْنَ غاصِبٌ فهَلك في يَدِه، أنّه لا يَسْقُطُ شيءٌ من الدَّيْنِ؛ لأنّ قبضَ الغَصْبِ أبطَلَ قبضَ الرَّهْنِ [(٥)]، وإنْ لم يُبْطِلْ عقدَ الرَّهْنِ حتى كان للمُرْتَهِنِ أنْ يَنْقُضَ قبضَ الغاصِبِ فيَرُدَّه إلى الرَّهْنِ.

وعلى هذا يخرجُ ما إذا استعارَ المُرْتَهِنُ الرَّهْنَ من الرّاهِنِ؛ ليَنْتَفِعَ به فهَلك، أنّه إنْ

---

(١) في المخطوط: «انعقد».
(٢) في المطبوع: «من قدر».
(٣) في المخطوط: «نزل».
(٤) في المخطوط: «للمشتري».
(٥) في المخطوط: «الدين».

هَلك قبلَ أنْ يَأخُذَ في الانتِفاعِ أو بعدَما فرَغَ عنه يَهْلِكُ بالدَّيْنِ، وإنْ هَلك في حالِ[1] الانتِفاعِ، يَهْلِكُ أمانةً؛ لأنّ المَرْهونَ قبلَ أنْ يَأخُذَ في الانتِفاعِ على حُكْمِ قبضِ الرَّهْنِ لانعِدامِ ما يَنْقُضُه وهو قبضُ الانتِفاعِ، وإذا أخذ في الانتِفاعِ، فقد نَقَضَه؛ لِوُجودِ قبضِ الإعارةِ، وقبضُ الإعارةِ يُنافي قبضَ الرَّهْنِ؛ لأنّه قبضُ أمانةٍ، وقبضُ الرَّهْنِ قبضُ ضَمانٍ، فإذا جاءَ أحدُهما انتَفَى الآخَرُ، ثم إذا فرَغَ من الانتِفاعِ، فقد انتَهَى قبضُ الإعارةِ فعادَ قبضُ الرَّهْنِ.

وكذلك إذا أذِنَ الرّاهنُ للمُرْتَهِنِ في الانتِفاعِ بالمَرْهونِ، فهو على هذا التَّفْصيلِ ولو استَعارَه الرّاهنُ من المُرْتَهِنِ؛ ليَنْتَفِعَ به فقَبَضَه، خَرَجَ عن ضَمانِ الرَّهْنِ، حتى لو هَلك في يَدِه، يَهْلِكُ أمانةً والدَّيْنُ على حالِه؛ لأنّ قبضَه قبضُ العاريّةِ وإنّه قبضُ أمانةٍ فيُنافي قبضَ الضَّمانِ، وكذلك لو أذِنَ المُرْتَهِنُ لِلرّاهنِ بالانتِفاعِ بالرَّهْنِ، وكذلك لو أعارَه الرّاهنُ من أجنَبيٍّ بإذنِ المُرْتَهِنِ أو أعارَه المُرْتَهِنُ بإذنِ الرّاهنِ من أجنَبيٍّ وسَلَّمَه إلى المُسْتَعيرِ فالمَرْهونُ في هذِه الوُجوه كُلِّها يخرجُ عن ضَمانِ الرَّهْنِ ولا يخرجُ عن عقدِ الرَّهْنِ، والخُروجُ عن الضَّمانِ لا يوجِبُ الخُروجَ عن العقدِ كزَوائدِ الرَّهْنِ.

ولو كان المَرْهونُ جاريةً فاستَعارَها الرّاهنُ فوَلَدَتْ في يَدِه ولَدًا فالولَدُ رَهْنٌ؛ لأنّ الأصلَ مَرْهونٌ لِقيامِ عقدِ الرَّهْنِ، حتى لو هَلكتِ الجاريةُ قبل أنْ يَقْبِضَ المُرْتَهِنُ الولَدَ، فالدَّيْنُ قائمٌ والولَدُ رَهْنٌ بجميعِ المالِ؛ لأنّ الضَّمانَ وإنْ فاتَ، فالعقدُ قائمٌ، وفَواتُ الضَّمانِ لا يوجِبُ بُطْلانَ العقدِ على ما مَرَّ.

وإذا بَقِيَ العقدُ في الأُمِّ، صارَ الولَدُ مَرْهونًا تَبَعًا للأُمِّ فكان له أنْ يَحْبِسَه بجميعِ المالِ، وكذا لو ولَدَتْ هذِه الابنةُ ولَدًا، فإنّهما رَهْنٌ بجميعِ المالِ، وإنْ ماتا، لم يَسْقُطْ شيءٌ من الدَّيْنِ؛ لأنّ الولَدَ ليس بمضمونٍ، ألا تَرَى أنّ الأُمَّ لو كانت قائمةً فهَلك الولَدُ، لا يَسْقُطُ شيءٌ من الدَّيْنِ، فكذا إذا كانت هالِكةً ولا يَفْتَكُّ الرّاهنُ واحدًا منهما حتى يُؤَدِّيَ المالَ[2] كُلَّه؛ لأنّهما دَخَلا جميعًا في العقدِ فلا يَمْلِكُ الرّاهنُ التَّفْريقَ.

ولو ماتَ الرّاهنُ والرَّهْنُ قائمٌ في يَدِه قبلَ أنْ يَرُدَّه إلى المُرْتَهِنِ فالمُرْتَهِنُ أحَقُّ به من سائرِ الغُرَماءِ؛ لِقيامِ عقدِ الرَّهْنِ وإنْ بَطَلَ الضَّمانُ، كما في ولَدِ الرَّهْنِ أنّ المُرْتَهِنَ أحَقُّ به

---

(١) في المخطوط: «حالة».

(٢) في المخطوط: «الدين».

وإنْ لم يَكُنْ فيه ضَمانٌ .

ولو أعارَ الرّاهنُ الرَّهْنَ من المُرْتَهِنِ أو أذِنَ له بالانتِفاعِ به فجاءَ يَفْتَكُّ الرَّهْنَ وهو ثوبٌ وبه خَرْقٌ فاختَلَفا، فقال الرّاهنُ: حَدَثَ هذا في يَدِكَ قبلَ اللُّبْسِ أو بعدَما لَبِسْته ورَدَدْته (١) إلى الرَّهْنِ، وقال المُرْتَهِنُ لا بل حَدَثَ هذا في حالِ اللُّبْسِ، [فالقولُ قولُ المُرْتَهِنِ؛ لأنّهما لَمّا اتَّفَقا على اللُّبْسِ] (٢)؛ فقد اتَّفَقا على خُروجِه من الضَّمانِ، فالرّاهنُ يَدَّعي عَوْدَه إلى الضَّمانِ، والمُرْتَهِنُ يُنْكِرُ فكان القولُ قوله .

هذا إذا اتَّفَقا على اللُّبْسِ واختَلَفا في وقتِه، فأمّا إذا اختَلَفا في أصلِ اللُّبْسِ فقال الرّاهنُ: لم ألبَسْه (٣) ولَكِنّه تَخَرَّقَ، وقال المُرْتَهِنُ: لَبِسْتَه فتَخَرَّقَ، فالقولُ قولُ الرّاهنِ؛ لأنّهما اتَّفَقا على دُخولِه في الضَّمانِ، فالمُرْتَهِنُ بدَعْواه اللُّبْسَ (٤) يَدَّعي الخُروجَ من الضَّمانِ والرّاهنُ يُنْكِرُ؛ فكان (٥) القولُ قوله .

وإنْ أقامَ الرّاهنُ البَيِّنَةَ أنّه تَخَرَّقَ في ضَمانِ المُرْتَهِنِ، وأقامَ المُرْتَهِنُ البَيِّنَةَ أنّه تَخَرَّقَ بعد خُروجِه من الضَّمانِ فالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الرّاهنِ؛ لأنّ بَيِّنَتَه مُثْبِتَةٌ؛ لأنّها (٦) تُثْبِتُ الاستيفاءَ، وبَيِّنَةُ المُرْتَهِنِ تَنْفي الاستيفاءَ، فالمُثْبِتَةُ أولى .

-(**ومنها**): أنْ يكونَ المَرْهونُ مقصودًا فلا تكونُ الزّيادةُ المُتَوَلِّدةُ من الرَّهْنِ - أو ما [٣/ ٢١١ب] هو في حُكْمِ المُتَوَلِّدِ كالولَدِ والثّمَرِ واللَّبَنِ والصّوفِ والعُقْرِ ونحوِها - مضمونًا إلاّ الأرشَ خاصّةً حتى لو هَلك شيءٌ من ذلك لا يَسْقُطُ شيءٌ من الدَّيْنِ إلاّ الأرشَ فإنّه إذا هَلك، تسقُطُ حِصَّتُه من الدَّيْنِ وإنّما كان كذلك؛ لأنّ الولَدَ ليس بمَرْهونٍ مقصودًا بل تَبَعًا للأصلِ كوَلَدِ المَبيعِ على أصلِ أصحابِنا أنّه مَبيعٌ تَبَعًا لا مقصودًا، والمَرْهونُ تَبَعًا لا حِصّةَ له من الضَّمانِ إلاّ إذا صارَ مقصودًا بالفِكاكِ كما أنّ المَبيعَ تَبَعًا لا حِصّةَ له من الثّمَنِ إلاّ إذا صارَ مقصودًا بالقبضِ بخلافِ الأرشِ؛ لأنّه بَدَلُ المَرْهونِ؛ لأنّ كُلَّ جُزْءٍ من أجزاءِ الرَّهْنِ (٧) مَرْهونٌ، وبَدَلُ الشّيءِ قائمٌ مَقامَه كأنّه هو، فكان حُكْمُه حُكْمَ الأصلِ، والأصلُ مضمونٌ فكذا (٨) بَدَلُه، بخلافِ الولَدِ ونحوِه، وبِخلافِ الزّيادةِ على الرَّهْنِ أنّها مضمونةٌ

---

(١) في المخطوط: «ورددت».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «تلبسه».
(٤) في المخطوط: «القبض».
(٥) في المخطوط: «فيكون».
(٦) في المخطوط: «فإنها».
(٧) في المخطوط: «المرهون».
(٨) في المخطوط: «كذلك».

لأنّها مَرْهونةٌ مقصودًا لا تَبَعًا ؛ لأنّ الزّيادةَ إذا صَحَّتِ التَحقَتْ بأصلِ العقدِ كأنّ العقدَ ورَدَ على الزّيادةِ والمَزيدِ عليه، على ما نَذْكُرُ في موضِعِه إنْ شاء الله تعالى.

ولو هَلَك [الأصلُ] (١) وبَقيَتِ الزّيادةُ، يُقْسَمُ الدَّيْنُ على الأصلِ، والزّيادةِ على قدرِ قيمَتِهما، وتُعْتَبَرُ قيمةُ الأصلِ وقتَ القبضِ وإنْ شِئْتَ قُلْتَ وقتَ العقدِ، وهو اختِلافُ عِبارةٍ، والمعنى واحدٌ؛ لأنّ الإيجابَ والقَبولَ لا يَصيرُ عقدًا شرعًا إلاّ عند القبضِ، وتُعْتَبَرُ قيمةُ الزّيادةِ وقتَ الفِكاكِ؛ لأنّ الأصلَ إنّما صارَ مضمونًا بالقبضِ؛ فتُعْتَبَرُ قيمةُ يوم القبضِ، والزّيادةُ إنّما يَصيرُ لها حِصّةٌ من الضَّمانِ بالفِكاكِ (٢)، فتُعْتَبَرُ قيمَتُها حينَئِذٍ، إلاّ أنّ هذِه القسمةَ للحالِ ليستْ قسمةً حَقيقيّةً بل من حيث الظّاهر، حتى تَتَغَيَّرَ بتَغَيُّرِ قيمةِ الزّيادةِ والنُّقْصانِ من حيث السِّعْرِ والبَدَنِ والقسمةِ الحقيقيّةِ وقتَ الفِكاكِ، ولا تَتَغَيَّرُ القسمةُ بتَغَيُّرِ قيمةِ الأصلِ بالزّيادةِ [إلى الزيادة] (٣) والنُّقْصانِ في السِّعْرِ أو في البَدَنِ؛ لأنّ الأصلَ دَخَلَ في الضَّمانِ بالقبضِ، والقبضُ لم يَتَغَيَّرْ فلا يَتَغَيَّرُ الضَّمانُ، والولَدُ إنّما يَأخُذُ قِسْطًا من الضَّمانِ بالفِكاكِ فتُعْتَبَرُ قيمَتُه يومَ الفِكاكِ.

وشرحُ هذِه الجُمْلةِ: إذا رَهَنَ جاريةً قيمَتُها ألفٌ بألفٍ فوَلَدَتْ ولَدًا يُساوي ألفًا، فإنّ الدَّيْنَ يُقْسَمُ على قيمةِ الأُمِّ والولَدِ نصفَيْنِ، فيكونُ في كُلِّ واحدٍ منهما خمسُمِائةٍ، حتى لو هَلكتِ الأُمُّ، سَقَطَ نصفُ الدَّيْنِ وبَقيَ الولَدُ رَهْنًا بالنِّصْفِ الباقي، يَفْتَكُّه الرّاهنُ به إنْ بَقيَ إلى وقتِ الافتِكاكِ (٤)، وإنْ هَلك قبلَ ذلك، هَلك بغيرِ شيءٍ وجُعِلَ كأنْ لم يَكُنْ وعادَتْ حِصَّتُه من الدَّيْنِ إلى الأُمِّ، وتَبَيَّنَ أنّ الأُمَّ هَلكتْ بجميعِ الدَّيْنِ، وإنْ لم يَهْلِكْ لَكِنْ تَغَيَّرَتْ قيمَتُه إلى الزّيادةِ فصارَ يُساوي ألفَيْنِ بَطَلَتْ قسمةُ الإنْصافِ وصارَتِ القسمةُ أثلاثًا، ثُلُثا الدَّيْنِ في الولَدِ، والثُّلُثُ في الأُمِّ، وتَبَيَّنَ أنّ الأُمَّ هَلكتْ بثُلُثِ الدَّيْنِ وبَقيَ الولَدُ رَهْنًا بالثُّلُثَيْنِ، فإنِ ازْدادَتْ قيمَتُه وصارَ يُساوي ثلاثةَ آلافٍ بَطَلَتْ قسمةُ الأثلاثِ وصارَتِ القسمةُ أرباعًا، ثلاثةُ أرباعِ الدَّيْنِ في الولَدِ، ورُبُعٌ في الأُمِّ، وتَبَيَّنَ أنّ الأُمَّ هَلكتْ برُبُعِ الدَّيْنِ، وبَقيَ الولَدُ رَهْنًا بثلاثةِ أرباعِه ولو تَغَيَّرَتْ قيمَتُه إلى النُّقْصانِ فصارَ يُساوي خمسَمِائةٍ بَطَلَتْ قسمةُ الأرباعِ وصارَتِ القسمةُ أثلاثًا، ثُلُثا الدَّيْنِ في الأُمِّ، والثُّلُثُ في

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «بالهلاك».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «الفكاك».

الولَدِ، وتبَيَّنَ أنّ الأمَّ هَلكتْ بثُلُثَي الدَّيْنِ، وبَقِيَ الولَدُ رَهْنًا بالثُّلُثِ هَكذا على هذا الاعتِبارِ، وسَواءٌ كان الولَدُ واحدًا أو أكثرَ وُلِدوا معًا أو مُتفرِّقًا؛ يُقسَمُ الدَّيْنُ على الأمِّ وعلى الأولادِ على قدرِ قيمَتِهم، لَكِنْ تُعْتَبَرُ قيمةُ الأمِّ يومَ العقدِ، وقيمةُ الأولادِ يومَ الفِكاكِ؛ لِما ذَكَرْنا ووَلَدُ الولَدِ في القسمةِ حُكْمُه حُكْمُ الولَدِ، حتى لو ولَدَتِ الجاريةُ بنْتًا، ووَلَدَتْ [(١)] بنْتُها ولَدًا فهما بمنزِلةِ الولَدَيْنِ، حتى يُقْسَمَ الدَّيْنُ على الجاريةِ وعليهما على قدرِ قيمَتِهم، ولا يُقْسَمُ على الجاريةِ وعلى الولَدِ الأصليِّ، ثم يُقْسَمُ باقيه عليه وعلى ولَدِه؛ لأنّ ولَدَ الرَّهْنِ [(٢)] ليس بمضمونٍ حتى يَتْبَعَه ولَدُه، فكأنّهما في الحُكْمِ ولَدانِ.

ولو ولَدَتِ الجاريةُ ولَدًا ثم نَقَصَتْ قيمةُ الأمِّ في السِّعْرِ أو في البَدَنِ فصارَتْ تُساوي خمسَمِائةٍ، أو زادَتْ قيمَتُها فصارَتْ تُساوي ألفَيْنِ، والولَدُ على حالِه [٣/ ٢١١أ] يُساوي ألفًا فالدَّيْنُ بينهما نصفانِ لا يَتغَيَّرُ عَمّا كان، وإنْ كانت الأمُّ على حالِها وانتقَصَتْ قيمةُ الولَدِ بعَيْبٍ دَخَلَه أو لِسِعْرٍ فصارَ يُساوي خمسَمِائةٍ صارَ الدَّيْنُ فيهما أثلاثًا، الثُّلُثانِ في الأمِّ، والثُّلُثُ في الولَدِ.

ولو زادَتْ قيمةُ الولَدِ فصارَ يُساوي ألفَيْنِ فثُلُثا الدَّيْنِ في الولَدِ، والثُّلُثُ في الأمِّ، حتى لو هَلكتِ [الأمُّ] [(٣)]، يَبْقَى الولَدُ رَهْنًا بالثُّلُثَيْنِ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ الأصلَ إنّما دَخَلَ تَحْتَ الضَّمانِ بالقبضِ، والقبضُ لم يَتغَيَّرْ فلا تَتَغَيَّرُ القسمةُ والولَدُ إنّما يَصيرُ له حِصّةٌ من الضَّمانِ بالفِكاكِ، فتُعْتَبَرُ قيمَتُه يومَ الفِكاكِ.

ولو اعوَرَّتِ الأمُّ بعدَ الوِلادةِ أو كانت اعوَرَّتْ قبلَها، ذهبَ من الدَّيْنِ بعَوَرِها رُبُعُه وذلك مِائَتانِ وخمسونَ، وبَقِيَ الولَدُ رَهْنًا بثلاثةِ أرباعِ الدَّيْنِ وذلك سَبْعُمِائةٍ وخمسونَ.

وهذا الجوابُ فيما إذا ولَدَتْ ثم اعوَرَّتْ ظاهرٌ؛ لأنّ الدَّيْنَ قبلَ الاعوِرارِ كان فيهما نصفَيْنِ في كُلِّ واحدٍ منهما خمسُمِائةٍ، فإذا اعوَرَّتْ والعَيْنُ من الآدَميِّ نصفُه فذهبَ قدرُ ما فيها من الدَّيْنِ وهو نصفُ نصفِ الدَّيْنِ وهو رُبُعُ الكُلِّ، وبَقِيَ الولَدُ رَهْنًا ببَقيّةِ الدَّيْنِ وهو ثلاثةُ الأرباعِ.

(فأمّا) إذا اعوَرَّتْ ثم ولَدَتْ، ففيه إشْكالٌ من حيث الظّاهر: وهو أنّ قبلَ الاعوِرارِ كان

---

(١) في المخطوط: «ثم ولدت».
(٢) في المخطوط: «الولد».
(٣) ليست في المخطوط.

كأنّ كُلَّ الدَّيْنِ فيها، وبالاعوِرارِ ذهبَ النِّصْفُ وبَقِيَ النِّصْفُ، فإذا ولَدَتْ ولَدًا، فيَنْبَغي أنْ يُقسَمَ النِّصْفُ الباقي من الدَّيْنِ على الجاريةِ العَوْراءِ وعلى ولَدِها أثلاثًا، الثُّلُثانِ على (١) الولَدِ، والثُّلُثُ على (٢) الأمِّ.

(والجوابُ) أنّ ذَهابَ نصفِ الدَّيْنِ (٣) بالاعوِرارِ لم يَكُنْ حَتْمًا بل على طريق التَّوَقُّفِ على تَقْديرِ عَدَمِ الوِلادةِ، فإذا ولَدَتْ، تَبَيَّنَ أنّه لم (يَكُنْ ذهبَ) (٤) بالاعوِرارِ إلاّ رُبُعُ الدَّيْنِ؛ لأنّ الزِّيادةَ تُجْعَلُ كأنّها موجودةٌ لَدَى العقدِ، فصارَ كأنّها ولَدَتْ ثم اعوَرَّتْ ولو هَلك الولَدُ وقد اعوَرَّتِ الأمُّ قبلَ الوِلادةِ أو بعدَها ذهبَ نصفُ الدَّيْنِ بالاعوِرارِ؛ لأنّ الولَدَ لَمّا هَلك التَحقَ بالعَدَمِ وجُعِلَ كأنْ لم يَكُنْ، وعادَتْ حِصَّتُه إلى الأمِّ، وتَبَيَّنَ أنّ الأمَّ كانت رَهْنًا بجميعِ الدَّيْنِ، فإذا اعوَرَّتْ ذهبَ بالاعوِرارِ نصفُه وبَقِيَ النِّصْفُ الآخَرُ ولو لم يَهْلِكْ ولَكِنّه اعوَرَّ ولم (٥) يَسْقُطْ باعوِرارِه شيءٌ من الدَّيْنِ؛ لأنّه لو هَلك، لا يَسْقُطُ، فإذا اعوَرَّ أولى، لَكِنّ تلك القسمةَ التي كانت من حيث الظّاهر تَتَغَيَّرُ؛ لأنّها تحتملُ التَّغْييرَ بتَغَيُّرِ قيمةِ الولَدِ إلى الزّيادةِ والنُّقْصانِ؛ لِما ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ.

وعلى هذا تَخرُجُ الزّيادةُ في الرَّهْنِ أنّها مضمونةٌ على أصلِ أصحابِنا [الثّلاثةِ] (٦) بأنْ رَهَنَ جاريةً ثم زادَ عبدًا؛ لأنّ هذِه زيادةٌ مقصودةٌ؛ لِوُرودِ فعلِ الرَّهْنِ عليها مقصودًا، فكانت مَرْهونةً أصلاً لا تبَعًا فكانت مضمونةً، ويُقْسَمُ الدَّيْنُ على المَزيدِ عليه والزّيادةِ.

وجُمْلةُ الكَلامِ في كيْفيّةِ الانقِسامِ أنّ الرّاهنَ لا يخلو (إمّا) أنْ زادَ في الرَّهْنِ وليس في الرَّهْنِ نَماءٌ، (وإمّا) أنْ كان فيه نَماءٌ، فإنْ لم يَكُنْ فيه نَماءٌ، يُقْسَمُ الدَّيْنُ على المَزيدِ عليه، والزّيادةِ على قدرِ قيمَتِها حتى لو كانت قيمةُ الجاريةِ ألفًا وقيمةُ العبدِ ألفٌ والدَّيْنُ ألفٌ كان (٧) الدَّيْنُ فيهما نصفَيْنِ في كُلِّ واحدٍ منهما خمسُمِائةٍ.

ولو كانت قيمةُ العبدِ الزّيادةِ خمسَمِائةٍ، كان الدَّيْنُ فيهما أثلاثًا، الثُّلُثانِ في العبدِ والثُّلُثُ في الجاريةِ، وأيُّهما هَلك يَهْلِكُ بحِصَّتِه من الدَّيْنِ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما مَرْهونٌ مقصودًا لا تبَعًا، إلاّ أنّه تُعْتَبَرُ قيمةُ المَزيدِ عليه يومَ العقدِ وهو يومُ قبضِه، وقيمةُ الزّيادةِ

---

(١) في المخطوط: «في».
(٢) في المخطوط: «في».
(٣) في المخطوط: «العين».
(٤) في المخطوط: «يذهب».
(٥) في المخطوط: «لم».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «فإن».

يومَ الزّيادةِ وهو [(١)] يومُ قبضِها، ولا يُعْتبَرُ تغَيُّرُ قيمَتِها بعدَ ذلك؛ لأنّ الزّيادةَ والنُّقْصانَ كُلُّ واحدٍ منهما إنّما دَخلَ في الضّمانِ بالقبضِ، فتُعْتبَرُ قيمَتُه يومَ القبضِ، والقبضُ لم يَتغَيَّرْ بتَغَيُّرِ القيمةِ فلا تَتغَيَّرُ القسمةُ، بخلافِ تغير زيادةِ الرَّهْنِ وهي نَماؤُه أنّ القسمةَ تَتغَيَّرُ بتغَيُّرِ قيمَتِها؛ لأنّها مَرْهونةٌ تَبعًا لا أصلاً، والمَرْهونُ تَبعًا لا يأخُذُ حِصّةً من الضّمانِ إلاّ بالفِكاكِ، فتُعْتبَرُ قيمَتُها يومَ الفِكاكِ فكانت [(٢)] القسمةُ قبلَه مُحْتَمِلةً لِلتَّغَيُّرِ.

ولو نَقَصَ الرَّهْنُ [الأصليُّ] [(٣)] في يَدِه حتى ذهبَ قدرُه من الدَّيْنِ ثم زادَه [(٤)] الرّاهنُ بعدَ ذلك رَهْنًا آخرَ يُقْسَمُ ما بَقيَ من الدَّيْنِ على قيمةِ الباقي وعلى قيمةِ الزّيادةِ يومَ قُبِضَتْ، نحوُ ما [٣/ ٢١٢ب] إذا رَهَنَ جاريةً قيمَتُها ألفٌ بألفٍ فاعورَّتْ، حتى ذهبَ [(٥)] نصفُ الدَّيْنِ وبَقيَ النِّصْفُ ثم زادَ الرّاهنُ عبدًا قيمَتُه ألفٌ؛ يُقْسَمُ النِّصْفُ الباقي على قيمةِ الجاريةِ عَوْراءَ، وعلى قيمةِ العبدِ الزّيادة أثلاثًا، فيكونُ ثُلُثا هذا النِّصْفِ وذلك ثَلاثُمِائةٍ وثلاثةٌ وثلاثونَ وثُلُثٌ، في العبدِ الزّيادة والثُّلُثُ وذلك مِائةٌ وسِتّةٌ وسِتّونَ وثُلُثانِ في الجاريةِ.

فُرِّقَ بين الزّيادةِ في الرَّهْنِ وبين زيادةِ الرَّهْنِ وهي نَماؤُه بأنِ اعورَّتِ الجاريةُ ثم ولَدَتْ ولَدًا قيمَتُه ألفٌ أنّ الدَّيْنَ يُقْسَمُ على قيمةِ الجاريةِ يومَ القبضِ صَحيحةً، وعلى قيمةِ الولَدِ يومَ الفِكاكِ نصفَيْنِ، فيكونُ في كُلِّ واحدٍ منهما خمسُمِائةٍ، ثم ما أصابَ الأُمَّ وهو النِّصْفُ ذهبَ بالاعوِرارِ نصفُه وهو مِائَتانِ وخمسونَ وبَقيَ ثلاثةُ أرباعِ الدَّيْنِ وذلك سَبْعُمِائةٍ وخمسونَ في الأُمِّ والولَدِ ثُلُثا ذلك خمسُمِائةٍ في الولَدِ، وثُلُثُ [(٦)] ذلك مِائَتانِ وخمسونَ في الأُمِّ، وفي الزّيادةِ على الرَّهْنِ يَبْقَى الأصلُ والزّيادةُ بنصفِ الدَّيْنِ.

ووجه الفرْقِ بين الزّيادَتَيْنِ: أنّ حُكْمَ الرَّهْنِ في هذِه الزّيادةِ وهي الزّيادةُ على الرَّهْنِ ثَبتَ بطريقِ الأصالةِ لا بطريقِ التّبَعيّةِ؛ لِكَوْنِها زيادةً مقصودةً؛ لِوُرودِ فعلِ العقدِ عليها مقصودًا فيُعْتبَرُ في القسمةِ ما بَقيَ من الدَّيْنِ وقتَ الزّيادةِ، ولم يَبْقَ وقتَ الزّيادةِ إلاّ النِّصْفُ فيُقْسَمُ ذلك النِّصْفُ عليهما على قدرِ قيمَتِهما، بخلافِ زيادةِ الرَّهْنِ؛ لأنّها ليستْ بمَرْهونةٍ مقصودًا؛ لانعِدامِ وُجودِ الرَّهْنِ فيها مقصودًا بل تَبعًا للأصلِ؛ لِكَوْنِها مُتَوَلِّدةً منه فيَثْبُتُ

---

(١) في المخطوط: «على».

(٢) في المخطوط: «وكان».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «زاد».

(٥) في المخطوط: «سقط».

(٦) في المخطوط: «وثلثا».

حُكْمُ الرَّهْنِ فيها تَبَعًا للأصلِ، كأنّها مُتَّصِلةٌ به فتَصيرُ كأنّها كانت موجودة عند العقدِ، فكان الثّابِتُ في الولَدِ غيرَ ما كان ثابِتًا في الأُمِّ، فيُعْتَبَرُ في القسمةِ قيمةُ الأُمِّ يومَ القبضِ.

وكذلك لو قَضَى الرّاهنُ للمُرْتَهِنِ من الدَّيْنِ خمسَمِائةٍ ثم زادَه في الرَّهْنِ عبدًا قيمَتُه ألفٌ أنّ هذِه الزّيادةَ تَلْحَقُ الخمْسَمِائةِ الباقيةَ فيُقْسَمُ على نصفِه [(١)] قيمةِ الجاريةِ وهي خمسُمِائةٍ، وعلى قيمةِ العبدِ الزّيادةِ، وبَقيَ ألفٌ أثلاثًا ثُلُثاها في العبدِ وثُلُثُها في الجاريةِ، حتى لو هَلك العبدُ، هَلك بثُلُثَيِ الخمْسِمِائةِ وذلك ثَلاثُمِائةٍ وثلاثةٌ وثلاثونَ وثُلُثٌ ولو هَلكتِ الجاريةُ هَلكتْ بالثُّلُثِ، وذلك مِائةٌ وسِتّةٌ وسِتّونَ وثُلُثانِ؛ لأنّ الزّيادةَ زيادةٌ على المَرْهونِ، والمَرْهونُ مَحْبوسٌ بالدَّيْنِ، والمَحْبوسُ بالدَّيْنِ هو نصفُ الجاريةِ لا كُلُّها، ولم يَبْقَ نصفُ الدَّيْنِ؛ لِصَيْرورَتِه مقضيًّا فالزّيادةُ تَدْخُلُ في الباقي ويَنْقَسِمُ الباقي على قيمةِ نصفِ الجاريةِ وعلى قيمةِ الزّيادةِ أثلاثًا.

ولو قَضَى خمسَمِائةٍ ثم اعورَّتِ الجاريةُ قبلَ أنْ يَزيدَ [(٢)] الرَّهْنَ ثم زادَ عبدًا قيمَتُه ألفُ درهَمٍ قُسِمَ مِائَتانِ وخمسونَ على نصفِ نصفِ الجاريةِ العَوْراءِ وعلى الزّيادةِ على خمسةِ أسْهمٍ، أربَعةٌ من ذلك في الزّيادةِ، وسَهْمٌ في الجاريةِ العَوْراءِ؛ لأنّه لَمّا قَضَى الرّاهنُ [(٣)] خمسَمِائةٍ؛ فرَغَ نصفُ الجاريةِ شائعًا من الدَّيْنِ وبَقيَ النِّصْفُ الباقي في نصفِها شائعًا وذلك خمسُمِائةٍ، فإذا اعورَّتْ، فقد ذهبَ نصفُ ذلك النِّصْفِ بما فيه من الدَّيْنِ وذلك مِائَتانِ وخمسونَ، وبَقيَ مِائَتانِ وخمسونَ من الدَّيْنِ فيما لم يَذْهَبْ من نصفِ الجاريةِ، فإذا هذِه الزّيادةُ تَلْحَقُ هذا القدرَ فيُقْسَمُ هذا القدرُ في الأصلِ والزّيادةِ أخْماسًا أربَعةَ أخْماسه، وذلك مِائَتانِ في الزّيادةِ وخُمُسَه وذلك خمسونَ في الأصلِ.

هذا إذا زادَ وليس في الرَّهْنِ نَماءٌ، فأمّا إذا (زادَ وفيه) [(٤)] نَماءٌ بأنْ رَهَنَ جاريةً قيمَتُها ألفٌ بألفٍ فوَلَدَتْ ولَدًا يُساوي ألفًا، ثم زادَه عبدًا قيمَتُه ألفٌ فالرّاهنُ لا يخلو إمّا أنْ زادَ والأُمُّ قائمةٌ وإمّا أنْ زادَ بعدَما هَلكتِ الأُمُّ فإنْ كانت قائمةً فزادَ، لا يخلو إمّا أنْ جعله زيادةً على الولَدِ أو على الأُمِّ أو عليهما جميعًا، أو أطْلَقَ الزّيادةَ ولم يُسَمِّ المَزيدَ عليه أنّه الأُمُّ أو الولَدُ، فإنْ جعله زيادةً على الولَدِ فهو رَهْنٌ مع الولَدِ خاصّةً ولا يدخلُ في حِصّةِ الأُمِّ؛ لأنّ

---

(١) في المخطوط: «نصف».
(٢) في المخطوط: «يرتد».
(٣) في المخطوط: «الرهن».
(٤) في المخطوط: «كان فيه».

الأصلَ وُقوعُ تَصَرُّفِ العاقِلِ على الوجه الذي أوقَعَه، وقد [٣/ ٢١٣أ] جعله زيادةً على الولَدِ فيكونُ زيادةً معه فيُقْسَمُ الدَّيْنُ أوّلاً على الأمِّ والولَدِ على قدرِ قيمَتِهما، تُعْتَبَرُ قيمةُ [الأمِّ يومَ العقدِ وقيمةُ] (١) الولَدِ يومَ الفِكاكِ، ثم ما أصابَ الولَدُ يُقْسَمُ عليه، وعلى العبدِ الزّيادةِ على قدرِ قيمَتِهما وتُعْتَبَرُ قيمةُ الولَدِ يومَ الفِكاكِ؛ لِما بَيّنّا فيما تَقَدَّمَ، وقيمةُ الزّيادةِ وقتَ (٢) الزّيادةِ وهي وقتُ قبضِها؛ لأنّها إنّما جُعِلَتْ (٣) في الضَّمانِ بالقبضِ فتُعْتَبَرُ قيمَتُها يومَ القبضِ.

ولو هَلك الولَدُ بعدَ الزّيادةِ، بَطَلَتِ الزّيادةُ؛ لأنّه إذا هَلك، جُعِلَ كأنْ لم يَكُنْ أصلاً ورَأسًا فلم تَتَحقَّقِ الزّيادةُ عليه؛ لأنّ الزّيادةَ لا بُدَّ لها من مَزيدٍ عليه، فتَبَيَّنَ أنّ الزّيادةَ لم تَقَعْ رَهْنًا.

وإنْ جعله زيادةً على الأمِّ، فهو على ما جعل؛ لِما ذَكَرْنا أنّ الأصلَ اعتِبارُ تَصرُّفِ العاقِلِ على الوجه الذي باشَرَه؛ ولأنّه لو أطْلَقَ الزّيادةَ لَوَقَعَتْ على الأمِّ فعندَ التّقْييدِ والتّنْصيصِ أولى.

وإذا وقَعَتْ زيادةٌ على الأمِّ جُعِلَ كأنّها [كانت] (٤) موجودةً وقتَ العقدِ فيُقْسَمُ الدَّيْنُ عليهما على قدرِ قيمَتِهما تُعْتَبَرُ قيمةُ الأصلِ يومَ العقدِ وقيمةُ الزّيادةِ يومَ القبضِ، ثم ما أصابَ الأمَّ يُقْسَمُ عليها وعلى ولَدِها على اعتِبارِ قيمةِ الأمِّ يومَ العقدِ وقيمةِ الولَدِ يومَ الفِكاكِ.

ولو مات الولَدُ أو زادَتْ قيمَتُه أو ولَدَتْ ولَدًا، فالحُكْمُ في حَقِّ العبدِ الزّيادةِ لا تَتَغَيَّرُ، ويُقْسَمُ الدَّيْنُ أوّلاً على الجاريةِ والعبدِ نصفَيْنِ، ثم ما أصابَ الأمُّ يُقْسَمُ عليها وعلى ولَدِها فتُعْتَبَرُ زيادةُ الولَدِ في حَقِّ الأمِّ ولا تُعْتَبَرُ في (حَقِّ العبدِ) (٥)، سَواءٌ زادَ بعدَ حُدوثِ الولَدِ أو قبلَه؛ لأنّ الولَدَ في حَقِّ الزّيادةِ وُجودُه وعَدَمُه بمنزِلةٍ واحدةٍ.

ولو هَلكتِ الأمُّ بعدَ الزّيادةِ، ذهبَ ما كان فيها من الدَّيْنِ وبَقيَ الولَدُ والزّيادةُ بما فيهما، بخلافِ ما إذا هَلك الولَدُ أنّها تَبطُلُ الزّيادةُ؛ لأنّ بهلاكِ الأمِّ لا يَتَبَيَّنُ أنّ العقدَ لم

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «إلى وقت».
(٣) في المخطوط: «دخلت».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «العقد».

يَكُنْ بل يَتناهَى ويَتقرَّرُ حُكْمُه، فهَلاكُه لا يوجِبُ بُطْلانَ الزّيادةِ بخلافِ الولَدِ؛ لأنّه إذا هَلك، التَحقَ بالعَدَمِ من الأصلِ وجُعِلَ كأنْ لم يَكُنْ، فتبَيَّنَ أنّ الزّيادةَ لم تَصِحَّ رَهْنًا.

ولو هَلكَ الولَدُ بعدَ الزّيادةِ، ذهبَ بغيرِ شيءٍ؛ لأنّ الولَدَ غيرُ مضمونٍ بالهَلاكِ فإذا هَلك، جُعِلَ كأنْ لم يَكُنْ وجُعِلَ كأنّ الزّيادةَ حَدَثَتْ [1] ولا بُدَّ للجاريةِ، كذلك وإنْ جعله زيادةً على الأُمِّ والولَدِ جميعًا فالعبدُ زيادةٌ على الأُمِّ خاصّةً، ولا عِبْرةَ للوَلَدِ في حَقِّ الزّيادةِ ولا يدخلُ في حِصَّتِها وإنّما يُعْتَبَرُ في حَقِّ الأُمِّ ويدخلُ في حِصّةِ الأُمِّ، والولَدِ في حَقِّ الزّيادةِ حالَ وُجودِ الأُمِّ كالعَدَمِ فلا تَصْلُحُ [2] الزّيادةُ عليه في حالِ قيامِ الأُمِّ فيُقْسَمُ الدَّيْنُ على الأصلِ والعبدِ الزّيادةِ باعتِبارِ قيمَتِهما قيمةِ الأصلِ يومَ العقدِ، وقيمةِ الزّيادةِ يومَ الزّيادةِ، ثم يُقْسَمُ ما أصابَ الأُمَّ قسمةً أُخرى بينها وبين ولَدِها على اعتِبارِ قيمَتِهما يومَ العقدِ ويومَ الفِكاكِ، كذلك وإنْ أطْلَقَ الزّيادةَ ولم يُسَمِّ الأُمَّ ولا الولَدَ فالزّيادةُ رَهْنٌ مع الأُمِّ خاصّةً؛ لأنّ الزّيادةَ لا بُدَّ لها من مَزيدٍ عليه، وكُلُّ واحدٍ منهما على الانفِرادِ يَصْلُحُ مَزيدًا عليه، إلاّ أنّ الأُمَّ أصلٌ في الرَّهْنِ والولَدَ تابعٌ، فعندَ الإطْلاقِ جَعْلُها زيادةً على الأصلِ أولى، وإذا صارَتِ الزّيادةُ رَهْنًا مع الأم، يُقْسَمُ الدَّيْنُ قسمَيْنِ على نحوِ ما بَيَّنّا.

هذا إذا كانت الأُمُّ قائمةً وقتَ الزّيادةِ فأمّا إذا هَلكتِ الأُمُّ (ثم زادوا العبدَ) [3] زيادةً على الولَدِ فكانا جميعًا رَهْنًا بخمسِمائةٍ يَفْتَكُّ الرَّهْنَ [4] كُلُّ واحد منهما بمِائتَيْنِ وخمسينَ؛ لأنّ الزّيادةَ تستَدْعي مَزيدًا عليه، والهالِكُ خَرَجَ عن احتِمالِ ذلك فتعَيَّنَ الولَدُ مَزيدًا عليه، وقد ذهبَ نصفُ الدَّيْنِ بهَلاكِ الأُمِّ وبَقيَ النِّصْفُ وذلك خمسُمِائةٍ، فيَنْقَسِمُ [5] ذلك على الزّيادةِ والولَدِ على قدرِ قيمَتِهما ولو هَلكَ الولَدُ أخذ الرّاهنُ العبدَ بغيرِ شيءٍ؛ لأنّه لَمّا هَلك فقد التَحقَ بالعَدَمِ وجُعِلَ كأنّه لم يَكُنْ وعادَتْ حِصَّتُه إلى الأُمِّ، فتبَيَّنَ أنّها هَلكتْ بجميعِ الدَّيْنِ فتبَيَّنَ أنّ الزّيادةَ حَصَلَتْ بعدَ سُقوطِ الدَّيْنِ؛ فلم تَصِحَّ.

ولو هَلكَ العبدُ الزّيادةُ بعدَ هَلاكِ الولَدِ في يَدِ المُرْتَهِنِ هَلك أمانةً، إلاّ إذا مَنَعَه بعدَ الطَّلَبِ؛ لأنّه تبَيَّنَ أنّه لم يَكُنْ رَهْنًا في الحقيقةِ؛ لِما بَيَّنّا فصارَ كما إذا رَهَنَ بدَيْنٍ ثم تصادَقا

---

(١) في المخطوط: «وجدت».
(٢) في المخطوط: «تصح».
(٣) في المخطوط: «بعد زاد فالعبد كذا».
(٤) في المخطوط: «الراهن».
(٥) في المخطوط: «فيقسم».

على أنّه (١) لا دَيْنَ، ثم هَلك الرَّهْنُ أنّه يَهْلِكُ أمانةً؛ لِما قُلْنا [٣/ ٢١٣ب] كذا هذا، إلاّ إذا مَنَعَ بعدَ الطَّلَبِ؛ لأنّه صارَ غاصِبًا بالمَنْعِ فيَلْزَمُه ضَمانُ الغَصْبِ.

(وأمّا) بيانُ كيْفيّةِ الضَّمانِ وقدرِه فالرَّهْنُ لا يخلو إمّا أنْ يكونَ من جنسِ حَقِّ المُرْتَهِنِ، أو (٢) من خلافِ جنسِ حَقِّه، فإنْ كان من خلافِ جنسِ حَقِّه فإمّا (٣) أنْ يكونَ شيئًا واحدًا، وإمّا أنْ يكونَ أشياءَ، فإنْ كان شيئًا واحدًا، يَهْلِكُ [مضمونًا] (٤) بالأقَلِّ من قيمَتِه ومن الدَّيْنِ.

وتفسيرُه إذا رَهَنَ عبدًا قيمَتُه ألفٌ بألفٍ فهَلك، ذهبَ الدَّيْنُ كُلُّه، وإنْ كانت قيمةُ العبدِ ألفَيْنِ فهَلك، ذهبَ كُلُّ الدَّيْنِ أيضًا، وفَضلُ الرَّهْنِ يَهْلِكُ أمانةً، وإنْ كانت قيمَتُه خمسَمِائةٍ، ذهبَ من الدَّيْنِ خمسُمِائةٍ ويرجعُ (٥) المُرْتَهِنُ على الرّاهنِ بفَضْلِ الدَّيْنِ، وهذا قولُ عامّةِ العُلَماءِ (٦) وجَماعةٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم، مثلُ سَيِّدِنا عُمَرَ وعبدِ الله بنِ مسعودٍ وهو رَواه (٧) عن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنهم.

ومنهم مَنْ قال: إنّه مضمونٌ بقيمَتِه بالِغةً ما بَلَغَتْ، أي على المُرْتَهِنِ فضْلُ قيمةِ الرَّهْنِ وهَكذا رويَ عن ابنِ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنهما.

ومنهم مَنْ قال: إنّه مضمونٌ بالدَّيْنِ بالِغًا ما بَلَغَ، أي يَذْهَبُ كُلُّ الدَّيْنِ قَلَّتْ قيمةُ الدَّيْنِ (٨) أو كثُرَتْ وهو مذهَبُ شُرَيْحٍ رحمه الله من التابعين.

وعن سَيِّدِنا عَليٍّ رِوايةٌ أُخرى أنّه قال: يَترادّانِ الفضْلَ (٩) يَعْني إنْ كانت قيمةُ الرَّهْنِ أكثرَ فلِلرّاهنِ أنْ يرجعَ على المُرْتَهِنِ بفَضْلِ القيمةِ، وإنْ كانت قيمَتُه أقَلَّ، فللمُرْتَهِنِ أنْ

---

(١) في المخطوط: «أن».
(٢) في المخطوط: «وإما أن يكون».
(٣) في المخطوط: «لا يخلو إما».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «ورجع».
(٦) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٤/ ١٥٥٩).
ومذهب الشافعية: الرهن أمانة في يد المرتهن مضمون بالحق كله، حتى لو كان قيمة الرهن درهمًا والحق عشرة آلاف ثم تلف الرهن سقط الحق كله. انظر: رحمة الأمة ص (٢٩٩).
وفي مذهب المالكية: يضمن بقيمة الرهن ويقاص به من دينه. انظر: المعونة (٢/ ٨٣٨).
(٧) في المخطوط: «رواية».
(٨) في المخطوط: «الرهن».
(٩) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/ ٤٣)، برقم (١١٠١١)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٥٢٥)، برقم (٢٢٧٩٤) من قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

يرجعَ على الرّاهنِ بفَضْلِ الدَّيْنِ واختِلافُهم على هذا الوجه حُجّةٌ على الشّافعيِّ رحمه الله في قولِه: إنّ المَرْهونَ أمانةٌ؛ لأنّ اختِلافَهم في كيْفيّةِ الضَّمانِ وقدرِه اتّفاقٌ منهم على كونِه مضمونًا، فإنْكارُ الضَّمانِ أصلاً يرجعُ إلى مُخالَفةِ الإجماعِ فكان باطِلاً، ثم الرُّجْحانُ في كيْفيّةِ الضَّمانِ؛ لِقولِ سَيِّدِنا عُمَرَ وابنِ مسعودٍ رضي الله عنهما؛ لأنّ المَرْهونَ مضمونٌ عندَنا بطريقِ الاستيفاءِ؛ [لأنّ قبضَ الرَّهْنِ قبضُ استيفاءٍ ويَتَقرَّرُ الاستيفاءُ عند الهَلاكِ فيَتَقرَّرُ الضَّمانُ فيه بقدرِ الاستيفاءِ] (١).

فإنْ (٢) كانت قيمةُ الرَّهْنِ مثلَ الدَّيْنِ، أمكَنَ تَحْقيقُ الاستيفاءِ؛ لأنّ استيفاءَ الدَّيْنِ مثلُه صورةً ومَعْنًى أو مَعْنًى لا صورةً، وإذا كانت قيمَتُه أكثرَ، لا يَتَحقَّقُ الاستيفاءُ إلاّ في قدرِ الدَّيْنِ ولا يَتَحقَّقُ في الزّيادةِ؛ لأنّ استيفاءَ الأقَلِّ من الأكثرِ يكونُ رِبًا، وإذا كانت قيمَتُه أقَلَّ، لا يُمْكِنُه تَحْقيقُ الاستيفاءِ إلاّ بقدرِ الدَّيْنِ؛ لأنّ استيفاءَ الأكثرِ من الأقَلِّ لا يُتَصوَّرُ.

هذا إذا كان المَرهونُ (٣) شيئًا واحدًا فأمّا إذا كان أشياءَ بأنْ رَهَنَ عبدَيْنِ أو ثوبَيْنِ أو دابَّتَيْنِ أو نحوَ ذلك فلا يخلو (إمّا) أنْ أطْلَقَ الرَّهْنَ ولم يُسَمِّ لِكُلِّ واحدٍ منهما شيئًا من الدَّيْنِ (٤) وإمّا أنْ قَيَّدَ وسَمَّى لِكُلِّ واحدٍ منهما قدرًا مَعْلومًا من الدَّيْنِ، فإنْ أطْلَقَ، يُقْسَمُ الدَّيْنُ عليهما على قدرِ قيمَتِهما وكان كُلُّ واحدٍ منهما مضمونًا بالأقَلِّ من قيمةِ نَفسِه ومن حِصَّتِه من الدَّيْنِ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما مَرْهونٌ والمَرْهونُ مضمونٌ بالدَّيْنِ فلا بُدَّ من قسمةِ الدَّيْنِ على قيمَتِهما؛ لِيُعْرَفَ قدرُ ما في كُلِّ واحدٍ منهما من الضَّمانِ، كما يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عليهما في بابِ البيعِ باعتِبارِ قيمَتِهما لِمعرفةِ مقدارِ الثَّمَنِ؛ لأنّ المَرْهونَ مضمونٌ بالدَّيْنِ (كما أنّ البيعَ) (٥) مضمونٌ بالثَّمَنِ.

وإنْ قَيَّدَ كان كُلُّ واحدٍ منهما مضمونًا بالأقَلِّ من قيمَتِه ومِمّا سُمّيَ له؛ لأنّه لَمّا سَمَّى وجَبَ اعتِبارُ التَّسْميةِ فيُنْظَرُ إلى القدرِ المُسَمَّى لِكُلِّ واحدٍ منهما فأيُّهما هَلك؛ يَهْلِكُ بالأقَلِّ من قيمَتِه ومن القدرِ المُسَمَّى، كما في بابِ البيعِ إذا سَمَّى لِكُلِّ واحدٍ من المَبيعَيْنِ ثَمَنًا، أنّه يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عليهما بالقدرِ المُسَمَّى كذا هذا، إذا كان المَرْهونُ من خلافِ جنسِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فإذا».
(٣) في المخطوط: «الرهن».
(٤) في المخطوط: «الثمن».
(٥) في المخطوط: «كالمبيع».

الدَّيْنِ وهَلك في يَدِ المُرْتَهِنِ، فأمّا إذا كان من جنسِه بأنْ رَهَنَ موزونًا بجنسِه أو مَكيلاً بجنسِه وهَلك في يَدِ المُرْتَهِنِ فقد اختَلَفَ أصحابُنا فيه قال أبو حنيفةَ: يَهْلِكُ مضمونًا بالدَّيْنِ باعتِبارِ الوزنِ دونَ القيمةِ، حتى لو كان وزنُ الرَّهْنِ بمثلِ وزنِ الدَّيْنِ، وقيمَتُه أقَلَّ منه فهَلك يَذْهَبُ كُلُّ الدَّيْنِ عندَه، وعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ: يَضْمَنُ القيمةَ من خلافِ الجنسِ على ما نَذْكُرُ.

فمن أصلِ أبي حنيفةَ أنّه يُعْتَبَرُ الوزنُ دونَ (القيمةِ في الهالِكِ) [١]، ومن أصلِهما أنّهما يَعْتَبِرانِ الوزنَ فيما لا يَتَضرَّرُ به المُرْتَهِنُ، فأمّا فيما يَتَضرَّرُ به فيَضْمَنانِ القيمةَ من خلافِ الجنسِ.

(وأمّا) في الانكِسارِ فأبو حنيفةَ يُضَمِّنُ القيمةَ، وكذلك أبو يوسفَ عند الاستِواءِ [٣/ ٢١٤أ] في الوزنِ والقيمةِ ولا يَريانِ الجعْلَ بالدَّيْنِ أصلاً، ومحمّدٌ يجْعَلُ بالدَّيْنِ لَكِنْ عند الإمكانِ بأنْ لا يُؤَدّيَ ذلك إلى الضَّرَرِ بالرّاهنِ ولا بالمُرْتَهِنِ، ولا يُؤَدّيَ إلى الرِّبا فإنْ أدَّى إلى شيءٍ مِمّا ذَكَرْنا، فإنّه لا يجْعَلُ بالدَّيْنِ أيضًا.

وإذا كانت قيمةُ الرَّهْنُ أكثرَ فأبو يوسفَ يجْعَلُ النُّقْصانَ الحاصِلَ بالانكِسارِ شائعًا في قدرِ الأمانةِ والمضمونِ، فما كان في الأمانةِ يَذْهَبُ بغيرِ شيءٍ وما كان في المضمونِ يَضْمَنُ المُرْتَهِنُ قيمَتَه ويَمْلِكُ من الرَّهْنِ بقدرِه، ومحمّدٌ رحمه الله يَصْرِفُ النُّقْصانَ إلى الزّيادةِ.

وإذا كثُرَ النُّقْصانُ حتى انتَقَصَ من الدَّيْنِ، يُخَيَّرُ الرّاهنُ بين أنْ يَفْتَكَّه وبين أنْ يجْعَلَه بالدَّيْنِ، ومن أصلِ أبي حنيفةَ أنّه يجوزُ استيفاءُ الزُّيوفِ من الجيادِ، حتى لو أخذ صاحبُ الدَّيْنِ الزُّيوفَ عن الجيادِ ولم يَعْلم به حتى هَلك [٢] عندَه سَقَطَ دَيْنُه، وكذا عند محمّدٍ إلاّ أنّ محمّدًا تَرَكَ أصلَه في الرَّهْنِ، وعند أبي يوسفَ لا يَسْقُطُ بل يَرُدُّ مثلَ ما قَبَضَ ويَأخُذُ مثلَ حَقِّه، فمن أصلِه أنّه لا يجوزُ استيفاءُ الزُّيوفِ عن الجيادِ، فهذِه أُصولُ [هذِه] [٣] المَسائلِ.

(وأمّا) تَخْريجُها على هذِه الأُصولِ فنَقولُ وباللّه التّوْفيقُ:

---

(١) في المخطوط: «القدر في الهلاك».
(٢) في المخطوط: «هلكت».
(٣) ليست في المخطوط.

إذا كان الدَّيْنُ عَشرةَ دراهمَ فرَهَنَ به قُلْبَ فضّةٍ فهَلك أو انكَسرَ في يَدِ المُرْتَهِنِ، فوَزْنُ القُلْبِ لا يخلو إمّا أنْ يكونَ مثلَ وزنِ الدَّيْنِ بأنْ كان عَشرةً، وإمّا أنْ يكونَ أقلَّ من وزنِه بأنْ كان ثَمانيةً، وإمّا أنْ يكونَ أكثرَ من وزنِه بأنْ كان اثنيْ عَشرَ، وكُلُّ وجهٍ [1] من هذِه الوُجوه يدخلُه الهَلاكُ والانكِسارُ، فإنْ كان وزنُ القُلْبِ مثلَ وزنِ الدَّيْنِ عَشرةً فإنْ كانت قيمَتُه مثلَ وزنِه فهَلك يَهْلِكُ بالدَّيْنِ بلا خلافٍ؛ لأنّ في وزنِه وقيمَتِه وفاءً بالدَّيْنِ ولا ضررَ فيه بأحدٍ ولا فيه رِبًا فيَهْلِكُ بالدَّيْنِ على ما هو حُكْمُ الرَّهْنِ عندَنا.

وإنِ انكَسرَ وانتَقصَ لا يُجبَرُ الرّاهنُ على الافْتِكاكِ بلا خلافٍ؛ لأنّه لو افْتكَّه إمّا أنْ يَفْتكَّه بجميعِ الدَّيْنِ، وإمّا أنْ يَسْقُطَ شيءٌ من الدَّيْنِ بمُقابَلةِ النُّقْصانِ لا سَبيلَ إلى الأوّلِ؛ لأنّ فيه ضرَرًا بالرّاهنِ لِفَواتِ حَقِّه عن الجوْدةِ والصِّناعةِ من غيرِ عِوَضٍ، ولا سَبيلَ إلى الثّاني؛ لأنّه يُؤَدّي إلى الرِّبا؛ لأنّ الدَّيْنَ والرَّهْنَ يَسْتَويانِ في الوزنِ، والجوْدةُ لا قيمةَ لها شرعًا عند مُقابَلَتِها بجنسِها فكانت مُلْحَقةً بالعَدَمِ شرعًا، فيكونُ إيفاءُ عَشرةٍ بثَمانيةٍ فتكونُ رِبًا، فيَتَخيَّرُ؛ إنْ شاء افْتكَّه بجميعِ الدَّيْنِ ورَضيَ بالنُّقْصانِ، وإنْ شاء ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ قيمَتَه بالِغةً ما بَلَغَتْ فكانت رَهْنًا مَكانه، ويَصيرُ القُلْبُ مِلْكًا للمُرْتَهِنِ بالضَّمانِ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وقال محمّدٌ: إنْ شاء افْتكَّه بجميعِ الدَّيْنِ وإنْ شاء جعله بالدَّيْنِ ويَصيرُ مِلْكَ المُرْتَهِنِ بدَيْنِه.

(وجه) قولِ محمّدٍ أنّ ضَمانَ القيمةِ لا يُناسبُ قبضَ الرَّهْنِ؛ لأنّ ذلك موجِبُ قبضٍ هو تَعَدٍّ كقبضِ الغَصْبِ، وقبضُ الرَّهْنِ مَأذونٌ فيه فلا يُناسبُ ضَمانَ القيمةِ ويُناسبُه الجعْلُ بالدَّيْنِ؛ لأنّه قبضُ استيفاءٍ وفي الجعْلِ بالدَّيْنِ يقدر الاستيفاءِ.

(وجه) قولِهما أنّ جَعْلَ الرَّهْنِ بالدَّيْنِ حالَ قيامِه من أعمالِ الجاهليّةِ، جاءَ الإسلامُ وأبطلَه بقولِه: «لا يَغلَقُ الرَّهْنُ» [2] والجعْلُ بالدَّيْنِ غَلْقُ الرَّهْنِ فكان باطِلًا، وبه تَبيَّنَ أنّ مِلْكَ الرَّهْنِ بالدَّيْنِ لا يجوزُ أنْ يكونَ حُكْمَ هذا التّصرُّفِ وأنّ حُكْمَه مِلْكُ اليَدِ والحبْسُ لا مِلْكُ العَيْنِ والرَّقَبةِ.

(فأمّا) ضَمانُ القيمةِ فيَصْلُحُ حُكْمًا له في الجُمْلةِ، ألا تَرى أنّ محمّدًا يقولُ به عند تَعَذُّرِ

---

(١) في المخطوط: «واحد».

(٢) سبق تخريجه.

الجعْلِ بالدَّيْنِ على ما نَذْكُرُ وإنْ كانت قيمَتُه أقَلَّ من وزنِ الدَّيْنِ بأنْ كانت ثَمانيةً فهَلك، يَهْلِكُ بجميعِ الدَّيْنِ عند أبي حنيفةَ رحمه الله؛ لأنّه يَعْتَبِرُ الوزنَ دونَ القيمةِ عند الهَلاكِ، وفي وزنِه وفاءُ الدَّيْنِ [(١)]، وعندَهما لا يَهْلِكُ بالدَّيْنِ ويَضْمَنُ المُرْتَهِنُ قيمَتَه من خلافِ جنسِه.

(وجه) قولِهما أنّه لو هَلك بالدَّيْنِ (إمّا) أنْ يَهْلِكَ بوَزْنِه، (وإمّا) أنْ يَهْلِكَ بقيمَتِه، لا سَبيلَ إلى الأوّلِ؛ لأنّ فيه ضررًا بالمُرْتَهِنِ، ولا وجهَ إلى الثّاني؛ لأنّه يُؤَدّي إلى الرِّبا فيُخَيَّرُ المُرْتَهِنُ بين أنْ يَرْضَى بسُقوطِ الدَّيْنِ، وبين أنْ يَضْمَنَ قيمةَ الرَّهْنِ من خلافِ جنسِه فيكونُ رَهْنًا مَكانه.

ولأبي حنيفةَ رحمه الله: أنّ قبضَ الرَّهْنِ قبلَ [(٢)] الاستيفاءِ [٣/ ٢١٤ب]، والجيِّدَ والرَّديءَ في الاستيفاءِ على السَّواءِ؛ لأنّ استيفاءَ الزُّيوفِ عن الجيادِ جائزٌ عندَه، وإن انكَسَرَ فالرّاهنُ بالخيارِ إنْ شاء افْتَكَّه بجميعِ الدَّيْنِ، وإنْ شاء ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ قيمَتَه من خلافِ جنسِه بالإجماعِ، وليس له خيارُ الجعْلِ بالدَّيْنِ هنا بلا خلافٍ.

(أمّا) على أصلِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ؛ فلأنّهما لا يَرَيانِ الجعْلَ بالدَّيْنِ أصلاً، ومحمّدٌ رحمه الله إنْ كان يَرَى ذلك لَكِنْ عند الإمكانِ [(٣)] وههنا لا يُمْكِنُ؛ لأنّه لو جعل الدَّيْنَ باعتِبارِ الوزنِ يُؤَدّي إلى الضَّرَرِ بالمُرْتَهِنِ حيث يَصيرُ الرَّهْنُ الذي قيمَتُه ثَمانيةٌ بعَشرةٍ ولو جُعِلَ باعتِبارِ القيمةِ يُؤَدّي إلى الرِّبا فمَسَّتِ الضَّرورةُ إلى ضَمانِ القيمةِ، واللّٰه تعالى أعلمُ.

وإنْ كانت قيمَتُه أكثرَ من وزنِه بأنْ كانت اثنَيْ عَشَرَ فهَلك، يَهْلِكُ بالدَّيْنِ عند أبي حنيفةَ اعتِبارًا للوَزْنِ وكذلك عند محمّدٍ؛ لأنّ الجوْدةَ هنا فضْلٌ، فكان أمانةً بمنزِلةِ الفضْلِ في الوزنِ.

(أمّا) على قولِ أبي يوسفَ فقيلَ: يَضْمَنُ المُرْتَهِنُ قيمةَ خمسةِ أسْداس القُلْبِ من الذّهبِ، ويرجعُ بدَيْنِه؛ لأنّ الجوْدةَ عندَه مضمونةٌ.

وقيلَ: يَهْلِكُ بالدَّيْنِ عندَه أيضًا؛ لأنّه يَعْتَبِرُ الوزنَ في الهَلاكِ لا الجوْدةَ وإنّما يَعْتَبِرُ

---

(١) في المخطوط: «بالدين». (٢) في المخطوط: «قبض».

(٣) في المخطوط: «الاتفاق».

الجوْدةَ في الانكِسارِ، وإنِ انكَسَرَ فالرّاهنُ بالخيارِ عند أبي حنيفةَ إنْ شاء افْتكَّه بالدَّيْنِ مع النُّقْصانِ، وإنْ شاء ضَمَّنَه قيمَتَه من خلافِ جنسِه فيكونُ رَهْنًا مَكانه؛ لِما ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ سَواءٌ كان النُّقْصانُ الحاصِلُ بالانكِسارِ قدرَ درهَم بأنْ عادَتْ قيمَتُه إلى أحدَ عَشَرَ، أو قدرَ درهَمَيْنِ بأنْ عادَتْ قيمَتُه عَشَرةً أو أكثرَ من ذلك بأنْ صارَتْ قيمَتُه ثَمانيةً.

وعند أبي يوسفَ إنْ شاء افتكَّه بالدَّيْنِ وإنْ شاء ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ قيمَتَه خمسةَ أسْداسٍ من القُلْبِ من خلافِ جنسِه، فتَصيرُ خمسةَ أسْداس الرَّهْنِ مِلْكًا للمُرْتَهِنِ بالضَّمانِ، وسُدُسُ الرَّهْنِ مع خمسةِ أسْداس القيمةِ رَهْنًا بالدَّيْنِ؛ لأنّ من أصلِه أنْ يُجْعَلَ قدرُ النُّقْصانِ الحاصِلِ بالانكِسارِ شائعًا في قدرِ الأمانةِ، والمضمونُ والقدرُ الذي في الأمانةِ يَذْهَبُ بغيرِ شيءٍ، والقدرُ الذي في المضمونِ يَضْمَنُ قيمَتَه فيَصيرُ ذلك القدرُ من الرَّهْنِ مِلْكًا له.

وعند محمّدٍ يُنْظَرُ إلى النُّقْصانِ إنْ كان قدرَ درهَم أو درهَمَيْنِ، لا ضَمانَ على المُرْتَهِنِ، ويُجْبَرُ الرّاهنُ على الفِكاكِ، وإنْ زادَ على ذلك، يُخَيَّرُ بين الفِكاكِ وبين الجعْلِ بالدَّيْنِ، كما لو كانت قيمَتُه ووَزْنُه سَواءً؛ لأنّ من أصلِه أنّه يَصْرِفُ النُّقْصانَ الحاصِلَ بالانكِسارِ إلى الجوْدةِ الزّائدةِ، إلاّ إذا كثُرَ النُّقْصانُ حتى عادَتْ قيمَتُه إلى ثَمانيةٍ، فلَه أنْ يجعَلَه بالدَّيْنِ إنْ شاء، وإنْ شاء افْتكَّه.

وقيل: إنّ [على] [1] قولِه له أنْ يُضَمِّنَه، كما قال أبو حنيفةَ رحمه الله؛ لِما في الجعْلِ بالدَّيْنِ من إسقاطِ حَقِّه عن الجوْدةِ.

هذا إذا كان وزنُ القُلْبِ مثلَ وزنِ الدَّيْنِ عَشَرةً، فأمّا إذا كان أقَلَّ من وزنِه ثَمانيةً فإنْ كانت قيمَتُه مثلَ وزنِه فهَلك، يَهْلِكُ بمثلِ وزنِه من الدَّيْنِ وهو ثَمانيةٌ بالإجماعِ، وإنِ انكَسَرَ، فالرّاهنُ بالخيارِ إنْ شاء افْتكَّه بالدَّيْنِ، وإنْ شاء ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ قيمَتَه من خلافِ جنسِه فكانت رَهْنًا، والقُلْبُ للمُرْتَهِنِ بالضَّمانِ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وعند محمّدٍ إنْ شاء افْتكَّه بالدَّيْنِ وإنْ شاء جعله بمثلِ وزنِه من الدَّيْنِ؛ لِما قُلْنا، وإنْ كانت قيمَتُه أقَلَّ من وزنِه سَبْعةً فهَلك، يَهْلِكُ بثَمانيةٍ في قولِ أبي حنيفةَ؛ اعتِبارًا للوَزْنِ، وعندَهما يَضْمَنُ قيمَتَه من خلافِ جنسِه؛ لِما بيَّنّا، وإنِ انكَسَرَ، ضَمن القيمةَ بالإجماعِ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(أمّا) على قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ؛ فلأنّهما لا يُجيزانِ الجعْلَ بالدَّيْنِ حالَ قيامِ الرَّهْنِ أصلاً ورَأسًا، ومحمّدٌ إنْ كان يُجيزُه لَكِنْ شريطةَ انعِدامِ الضَّرَرِ [(١)]، وفي الجعْلِ بالدَّيْنِ هنا ضررٌ بالمُرْتَهِنِ، وإنْ كانت قيمَتُه أكثرَ من وزنِه فكانت تِسْعةً أو كانت مثلَ الدَّيْنِ عَشرةً فهَلك يَهْلِكُ بقدرِ وزنِه ثَمانيةٍ عند أبي حنيفةَ، وعندَهما يَضْمَنُ القيمةَ، وإنِ انكسَرَ إنْ شاء افْتَكَّه بالدَّيْنِ وإنْ شاء ضَمن القيمةَ بالإجماعِ؛ لِما ذَكَرْنا.

وإنْ كانت قيمَتُه أكثرَ من الدَّيْنِ اثنيْ عَشَرَ فهَلك يَهْلِكُ بثَمانيةٍ عند أبي حنيفةَ وعند أبي يوسفَ يَضْمَنُ خمسةَ أسْداس قيمَتِه، وإنِ انكَسَرَ، فعندَ أبي حنيفةَ إنْ شاء افْتَكَّه بالدَّيْنِ [٣/ ٢١٥أ] وإنْ شاء ضَمَّنَه جميعَ القيمةِ [(٢)] وكانت قيمَتُه [(٣)] رَهْنًا والقُلْبُ مِلْكًا [(٤)] للمُرْتَهِنِ، وعند أبي يوسفَ يَضْمَنُ خمسةَ أسْداس قيمَتِه ويكونُ سُدُسُ [(٥)] القُلْبِ مع خمسةِ أسْداس قيمَتِه رَهْنًا عندَه بالدَّيْنِ، وعند محمّدٍ يَصْرِفُ النُّقْصانَ الحاصِلَ بالانكِسارِ بالأمانةِ إنْ قَلَّ النُّقْصانُ بأنْ كان درهَمًا أو درهَمَيْنِ، ويُجْبَرُ الرّاهنُ على الافْتِكاكِ، وإنْ كان أكثرَ من ذلك، يُخَيَّرُ الرّاهنُ بين الافْتِكاكِ وبين الجعْلِ بالدَّيْنِ.

هذا إذا كان وزنُ القُلْبِ أقَلَّ من وزنِ الدَّيْنِ ثَمانيةً، فأمّا إذا كان أكثرَ من وزنِه اثنا عَشَرَ فإنْ كانت قيمَتُه مثلَ وزنِه اثنيْ عَشَرَ فهَلك، سَقَطَ الدَّيْنُ والزّيادةُ على الدَّيْنِ تَهْلِكُ بلا أمانة خلاف وإنِ انكَسَرَ ضَمن خمسةَ أسْداسه في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وعند محمّدٍ له أنْ يجْعَلَ خمسةَ أسْداسه بالدَّيْنِ، وإنْ كانت قيمَتُه أقَلَّ من وزنِه وأكثرَ من الدَّيْنِ بأنْ كانت أحدَ [(٦)] عَشَرَ فهَلك سَقَطَ الدَّيْنُ بخمسةِ أسْداسه، والزّيادةُ تَهْلِكُ أمانةً عند أبي حنيفةَ، ولا رِوايةَ عنهما في هذا الفصلِ.

وإنِ انكسَرَ ضَمن خمسةَ أسْداس القُلْبِ عند أبي حنيفةَ؛ لأنّه لا يَعْتَبِرُ الجوْدةَ ولا يَرَى الجعْلَ بالدَّيْنِ، وعند أبي يوسفَ يجبُ أنْ يكونَ هَكذا.

وكذلك عند محمّدٍ؛ لِتَعَذُّرِ التّمليكِ بالدَّيْنِ؛ لِما فيه من الضَّرَرِ، وإنْ كانت قيمَتُه مثلَ وزنِ الدَّيْنِ عَشَرةً فهَلك، يَهْلِكُ خمسةُ أسْداسٍ بالدَّيْنِ عند أبي حنيفةَ؛ لأنّه يَعْتَبِرُ الوزنَ،

---

(١) في المخطوط: «الصحة».
(٢) في المخطوط: «قيمته».
(٣) في المخطوط: «القيمة».
(٤) في المخطوط: «مكانه».
(٥) في المخطوط: «السدس من».
(٦) في المخطوط: «إحدى».

وعندَهما يَضْمَنُ خمسةَ أَسْداسه ويرجعُ بحَقِّه، وإنِ انكَسَرَ ضَمن خمسةَ أَسْداسه عند أبي حنيفةَ، وعندَهما يَغْرَمُ جميعَ القيمةِ ولا يُمْكِنُ الجعْلُ بالدَّيْنِ عند محمّدٍ؛ لأنّه يُؤَدّي إلى الرِّبا.

وإنْ كانت قيمَتُه أَقَلَّ من الدَّيْنِ ثَمانيةً فهَلك، ذهبَ خمسةُ أَسْداسه بالدَّيْنِ في قولِ أبي حنيفةَ وإنِ انكَسَرَ ضَمن خمسةَ أَسْداسه، وعندَهما يَغْرَمُ القيمةَ في الحالينِ، وإنْ كانت قيمَتُه خمسةَ عَشَرَ فهَلك، يَهْلِكُ خمسةُ أَسْداسه بالدَّيْنِ في قولِ أبي حنيفةَ، وإنِ انكَسَرَ ضَمن خمسةَ أَسْداسه عند أبي حنيفةَ، ثم في كُلِّ موضِعٍ ضَمن المُرْتَهِنُ بعضَ القُلْبِ وهَلك ذلك القدرُ بالضَّمانِ وصارَ شريكًا، فهذا شُيوعٌ طارِئٌ.

فعلى جوابِ ظاهرِ الرِّوايةِ يُقْطَعُ القُلْبُ فيكونُ الباقي مع (القدرِ الذي)[1] غَرِمَ رَهْنًا؛ لأنّ الشُّيوعَ يَمْنَعُ صِحّةَ الرَّهْنِ مُقارِنًا كان أو طارِئًا، وعلى رِوايةِ أبي يوسفَ لا حاجةَ إلى القَطْعِ؛ لأنّ الشُّيوعَ الطّارِئَ لا يَمْنَعُ بَقاءَ العقدِ على الصِّحّةِ.

(وأمّا) الرَّهْنُ الفاسدُ فلا حُكْمَ له حالَ قيامِ المَرْهونِ، حتى لا يَثْبُتَ للمُرْتَهِنِ حَقُّ الحبْسِ ولِلرّاهِنِ أنْ يَسْتَرِدَّه منه، فإنْ مَنَعَه حتى هَلك، يَضْمَنْ مثلَه إنْ كان له مثلٌ، وقيمَتَه إنْ لم يَكُنْ له مثلٌ؛ لأنّه صارَ غاصِبًا بالمَنْعِ، والمَغْصوبُ مضمونٌ على الغاصِبِ بالمثلِ أو بالقيمةِ وإنْ لم يوجَدِ المَنْعُ من المُرْتَهِنِ حتى هَلك [الرَّهْنُ][2] في يَدِه، ذَكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله أنّه يَهْلِكُ أمانةً؛ لأنّ الرَّهْنَ إذا لم يَصِحَّ كان القبضُ قبضَ أمانةٍ؛ لأنّه قَبَضَ بإذنِ المالِكِ فأشبَهَ قبضَ الوديعةِ، وحَكَى القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطَّحاويِّ أنّه ذَكَرَ في الجامِعِ الكَبيرِ أنّ كُلَّ ما هو مَحَلٌّ لِلرَّهْنِ الصّحيحِ فإذا رَهَنَه رَهْنًا فاسدًا فهَلك في يَدِ المُرْتَهِنِ، يَهْلِكُ بالأقَلِّ من قيمَتِه ومن الدَّيْنِ، وكُلُّ ما ليس بمَحَلٍّ لِلرَّهْنِ الصّحيحِ لا يكونُ مضمونًا بالرَّهْنِ الفاسدِ، كالمُدَبَّرِ وأُمِّ الولَدِ، وهذا يَدُلُّ على أنّ الفسادَ [إن][3] كان لِمَعْنًى في نفسِ المَرْهونِ لا يكونُ مضمونًا بل يكونُ أمانةً، وإنْ كان الفسادُ لِمَعْنًى في غيرِه يكونُ مضمونًا.

(ووجهُه) أنّ المَرْهونَ مضمونٌ بالقبضِ ولا فسادَ في القبضِ، إلاّ أنّ من شرطِ كونِ

---

(١) في المخطوط: «القيمة التي».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.

المقبوضِ [١] مضمونًا أنْ يكونَ مالاً مُطْلَقًا مُتقوِّمًا كالمقبوضِ بالبيعِ الفاسدِ، فإنْ وُجِدَ الشّرطُ، يكونُ مضمونًا وإلاّ فلا، هذا الذي ذَكَرْنا حُكْمُ هَلاكِ المَرْهونِ.

(وأمّا) حُكْمُ استِهْلاكِه فنَقولُ: المَرْهونُ لا يخلو (إمّا) أنْ يكونَ من بَني آدَمَ كالعبدِ والأمةِ، (وإمّا) إنْ كان من غيرِ بَني آدَمَ من سائرِ الأموالِ، فإنْ كان من غيرِ بَني آدَمَ فاستَهْلكه أجنبيٌّ، ضَمن قيمَتَه إنْ كان مِمّا لا مثلَ له، ومثلَه إنْ كان مِمّا له مثلٌ، كما إذا لم يَكُنْ مَرْهونًا والمُرْتَهِنُ هو الخصْمُ في تَضْمينِه وكان [٣/ ٢١٥ب] الضَّمانُ رَهْنًا؛ لأنه بَدَلُ المَرْهونِ.

ثم إنْ كان الضَّمانُ من جنسِ الدَّيْنِ والدَّيْنُ حالٌّ، استَوْفاه بدَيْنِه، وإنْ كان الدَّيْنُ لم يَحِلَّ، حَبَسَه رَهْنًا مَكانه، وكذلك لو استَهْلكه المُرْتَهِنُ؛ لأنه [لو] [٢] أتْلَفَ مالاً مملوكًا مُتقَوِّمًا بغيرِ إذنِ مالِكِه فيَضْمَنُ مثلَه أو قيمَتَه، كما لو أتْلَفَه أجنَبيٌّ وكان رَهْنًا مَكانه، وإنِ استَهْلكه الرّاهنُ فإنْ كان الدَّيْنُ حالاً، يُطالَبُ بالدَّيْنِ [لأنه] [٣] لا فائدةَ في المُطالَبةِ بالضَّمانِ، فيُطالَبُ بالدَّيْنِ وإنْ كان لم يَحِلَّ، أخذ المُرْتَهِنُ منه (بالضَّمانِ فأمسَكَه) [٤] إلى أنْ يَحِلَّ الدَّيْنُ.

وإذا كان في الرَّهْنِ نَماءٌ [٥] كاللَّبَنِ والولَدِ فاستَهْلكه المُرْتَهِنُ أو الرّاهنُ أو أجنَبيٌّ بأنْ كان الرَّهْنُ شاةً قيمَتُها عَشَرةٌ بعَشَرةٍ، فحُلِبَتْ أو ولَدَتْ فعليه ضَمانُه أمّا وُجوبُ الضَّمانِ على الأجنَبيِّ والمُرْتَهِنِ فظاهرٌ؛ لأنّ الزّيادةَ مِلْكُ الرّاهنِ وإتْلافُ مالِ (مملوكٍ للغيرِ) [٦] بغيرِ إذنِه (يوجِبُ الضَّمانَ) [٧] وأمّا وُجوبُه [٨] على الرّاهنِ؛ فلأنّ المُتْلَفَ وإنْ كان مملوكًا له لَكِنْ للمُرْتَهِنِ فيه حَقٌّ قَويٌّ فيَلْحَقُ بالمِلْكِ في حَقِّ وُجوبِ الضَّمانِ، وإذا وجَبَ الضَّمانُ على المُتْلِفِ، كان الضَّمانُ مع الشّاةِ رَهْنًا عند المُرْتَهِنِ؛ لأنّه بَدَلُ المَرْهونِ فيقومُ مَقامَه، فإنْ هَلك الضَّمانُ، لا يَسْقُطُ شيءٌ من الدَّيْنِ؛ لأنّه بَدَلُ ما ليس بمضمونٍ بالدَّيْنِ فكان حُكْمُه حُكْمَ الأصلِ، والأصلُ لو هَلك يَهْلِكُ بغيرِ شيءٍ كذا البَدَلُ وإنْ هَلكتِ

---

(١) في المخطوط: «القبض».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «الضمان وأمسكه».
(٥) في المخطوط: «وفاء».
(٦) في المخطوط: «الغير».
(٧) في المخطوط: «موجب للضمان».
(٨) في المخطوط: «وجوب الضمان».

الشّاةُ، سَقَطَتْ حِصَّتُها من الدَّيْنِ؛ لأنّها مَرْهونةٌ مقصودةٌ [(١)] فكانت مضمونةً بالهَلاكِ، ويَفْتَكُّ الرّاهنُ ضَمانَ الزّيادةِ بقدرِها من الدَّيْنِ؛ لأنّ الزّيادةَ تَصيرُ مقصودةً بالفِكاكِ فيَصيرُ لها حِصّةٌ من الدَّيْنِ.

هذا إذا كان الاستِهْلاكُ بغيرِ إذنٍ، فأمّا إذا كان بإذنٍ بأنْ قال الرّاهنُ للمُرْتَهِنِ: احلِبِ الشّاةَ، فما حَلَبْتَ فهو حَلالٌ لك أو قال له: كُلْ هذا الحِمْلَ (فحَلَبَ وشَرِبَ وأكَلَ) [(٢)] حَلَّ له ذلك ولا ضَمانَ عليه؛ لأنّ الزّيادةَ مِلْكُ الرّاهنِ فيَصِحُّ [(٣)] إذنُه بالأكلِ والشُّرْبِ ولا يَسْقُطُ شيءٌ من دَيْنِ المُرْتَهِنِ، حتى لو جاءَ الرّاهنُ يَفْتَكُّ الشّاةَ يَفْتَكُّها بجميعِ الدَّيْنِ؛ لأنّ إتْلافَ المُرْتَهِنِ بإذنِ الرّاهنِ مُضافٌ إلى الرّاهنِ كأنّه أتْلَفَه بنفسِه ولو كان كذلك لَكان لا يَسْقُطُ شيءٌ من الدَّيْنِ وكان عليه ضَمانُ المُتْلَفِ كذا هذا.

وإنْ لم يَفْتَكَّها حتى هَلك [(٤)]، تَهْلِكُ بحِصَّتِها من الدَّيْنِ، فيُقْسَمُ الدَّيْنُ عليها وعلى لَبَنِها (أو ولَدِها) [(٥)] على قدرِ قيمَتِهما، فما كان حِصّةَ الشّاةِ يَسْقُطُ وما كان حِصّةَ الزّيادةِ يَبْقَى، ويُخاطَبُ الرّاهنُ بقَضائه؛ لأنّ فعلَ المُرْتَهِنِ لَمّا كان مُضافًا إلى الرّاهنِ كان مضمونًا عليه، كأنّه فعَلَ بنفسِه فيَصيرُ لِلزّيادةِ حِصّةٌ من الدَّيْنِ، فيُنْظَرُ إلى قيمةِ الزّيادةِ فإنْ كان فيها خمسةٌ، كان فيها ثُلُثُ الدَّيْنِ وفي الشّاةِ ثُلُثاه، فإذا هَلكتِ الشّاةُ، ذهبَ ثُلُثا الدَّيْنِ وبَقيَ الثُّلُثُ وعلى الرّاهنِ قَضاؤُه، وكذلك لو استَهْلكه أجنَبيٌّ بإذنِ الرّاهنِ والمُرْتَهِنِ، فالجوابُ فيه وفي المُرْتَهِنِ إذا استَهْلكه [(٦)] بإذنِ الرّاهنِ سَواءٌ وقد ذَكَرْناه.

ولو استَهْلكه الرّاهنُ بإذنِ المُرْتَهِنِ، لا شيءَ عليه؛ لأنّ الضَّمانَ لو وجَبَ لَوَجَبَ لِحَقِّ المُرْتَهِنِ لا لِحَقِّ نَفْسِه؛ لأنّه مِلْكُه، وقد أبطَلَ المُرْتَهِنُ حَقَّ نَفْسِه بالإذنِ فلا يَسْتَحِقُّ الضَّمانَ، وجُعِلَ كأنّ الزّيادةَ هَلكتْ بآفةٍ سَماويّةٍ وبَقيَتِ الشّاةُ رَهْنًا بجميعِ الدَّيْنِ، وإنْ كان المَرْهونُ من بَني آدَمَ فجَنَى عليه، فجُمْلةُ الكَلامِ في جِناياتِ الرَّهْنِ أنّها ثلاثةُ أقسامٍ: جِنايةُ غيرِ الرَّهْنِ على الرَّهْنِ، وجِنايةُ الرَّهْنِ على غيرِ الرَّهْنِ، وجِنايةُ الرَّهْنِ على الرَّهْنِ [(٧)].

أمّا جِنايةُ غيرِ الرَّهْنِ على الرَّهْنِ فلا يخلو إمّا أنْ كانت الجِنايةُ في النّفْسِ وإمّا أنْ كانت

---

(١) في المخطوط: «مضمونة».
(٢) في المخطوط: «واشرب وكل».
(٣) في المخطوط: «فصح».
(٤) في المخطوط: «هلكت».
(٥) في المخطوط: «وولدها».
(٦) في المخطوط: «استهلك».
(٧) في المخطوط: «الراهن».

فيما دونَ النّفسِ، وكُلُّ ذلك لا يخلو إمّا أنْ كان [(١)] عَمْدًا أو خَطَأً أو في معنى الخطَأِ، والجاني لا يخلو إمّا أنْ كان [(٢)] حُرًّا أو عبدًا، فإنْ كانت في النّفْسِ عَمْدًا والجاني حُرٌّ، فلِلرّاهنِ أنْ يَقْتَصَّ إذا اجتَمَعا على الاقْتِصاصِ في قولِ أبي حنيفةَ، وقال محمّدٌ: ليس له الاقْتِصاصُ وإنِ اجتَمَعا عليه، وعن أبي يوسفَ رِوايَتانِ، كذا ذَكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله الاختِلافَ.

وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطَّحاويِّ أنّه لا قِصاصَ على قاتِلِه وإنِ اجتَمع عليه الرّاهنُ والمُرْتَهِنُ [٣/ ٢١٦أ]، ولم يَذْكُرِ الخلافَ.

(وجه) قولِ محمّدٍ أنّ استيفاءَ القِصاصِ لا بُدَّ له من وليٍّ، والوليُّ هنا غيرُ مَعْلوم؛ لأنّ مِلْكَ العَيْنِ والرَّقَبةِ لِلرّاهنِ ومِلْكَ اليَدِ والحبْسِ للمُرْتَهِنِ، فكان العبدُ مُضافًا إلى الرّاهنِ من وجهٍ وإلى المُرْتَهِنِ من وجهٍ؛ فصارَ الوليُّ مُشتبَهًا مجهولاً، وجَهالةُ الوليِّ تمنَعُ استيفاءَ القِصاصِ كعبدِ المُكاتَبِ إذا قُتِلَ عَمْدًا، أنّه لا يُقْتَصُّ من قاتِلِه وإنِ اجتَمع عليه المولى والمُكاتَبُ؛ لِما قُلْنا كذا هذا، بخلافِ العبدِ المُشترَكِ بين اثنيْنِ إذا قُتِلَ عَمْدًا، أنّ لهما الاقْتِصاصَ إذا اجتَمَعا عليه؛ لأنّ هناك الوِلايةَ لهما ثابِتةٌ على الشَّرِكةِ لِثُبوتِ المِلْكِ لِكُلِّ واحِدٍ منهما في النِّصْفِ من كُلِّ وجهٍ، فكان الوليُّ مَعْلومًا فأمكَنَ القولُ بوُجوبِ القِصاصِ لهما على الشَّرِكةِ؛ لاستِوائهما في المِلْكِ.

وجه قولِ أبي حنيفة: أنّ المِلْكَ لِلرّاهنِ من كُلِّ وجهٍ، وإنّما للمُرْتَهِنِ حَقُّ الحبْسِ فقَطْ، والمِلْكُ سببٌ لِثُبوتِ الوِلايةِ فكان الوليُّ مَعْلومًا، وكان يَنْبَغي أنْ لا تَتَوَقَّفَ وِلايةُ الاستيفاءِ على رِضا المُرْتَهِنِ، إلاّ أنّه تَوَقَّفَ لِتَعَلُّقِ حَقِّه به، فإذا رَضيَ فقد زالَ المانِعُ، بخلافِ عبدِ المُكاتَبِ؛ لأنّ المِلْكَ فيه للمولى من وجهٍ وللمُكاتَبِ من وجهٍ، فلم يَكُنِ المِلْكُ فيه ثابِتًا للمولى مُطْلَقًا ولا للمُكاتَبِ مُطْلَقًا فأشبَهَ الوليَّ فامتَنَعَ الاستيفاءُ وإذا اقْتُصَّ القاتِلُ سَقَطَ الدَّيْنُ؛ لأنّ العبدَ إنّما كان رَهْنًا من حيث إنّه مالٌ، وقد بَطَلَتْ ماليَّتُه بالقَتْلِ لا إلى بَدَلٍ، إذِ القِصاصُ لا يَصْلُحُ بَدَلاً عن الماليّةِ فسَقَطَ القِصاصُ [(٣)] كما لو هَلَك بنفسِه.

هذا إذا اجتَمَعا على القِصاصِ، (فأمّا) إذا اختَلَفا لا يُقْتَصُّ القاتِلُ؛ لأنّه لا سَبيلَ (إلى

---

(١) في المخطوط: «يكون».

(٢) في المخطوط: «يكون».

(٣) في المخطوط: «الدين».

إثْباتِ) [١] الاقْتِصاصِ للمُرْتَهِنِ لِعَدَمِ [٢] مِلْكِ الرَّقَبةِ ولا لِلرّاهِنِ؛ لأنّ في استيفائه إبطالَ حَقِّ المُرْتَهِنِ وهو الدَّيْنُ من غيرِ رِضاه وهذا لا يجوزُ، وعلى القاتِلِ قيمةُ المقتولِ في مالِه في ثلاثِ سِنينَ وكانت القيمةُ رَهْنًا.

ولو اختَلَفا فأبطَلَ القاضي القِصاصَ، ثم قَضَى الرّاهنُ الدَّيْنَ فلا قِصاصَ؛ لأنّ حَقَّ المُرْتَهِنِ وإنْ بَطَلَ بالفِكاكِ لَكِنْ بعدَما حَكَمَ القاضي ببُطْلانِ القِصاصِ، فلا يحتملُ العودَ وإنْ كانت الجِنايةُ خَطَأً أو شِبْهَ عَمْدٍ، فعلى عاقِلةِ القاتِلِ قيمَتُه في ثلاثِ سِنينَ يَقْبِضُها المُرْتَهِنُ فتكونُ رَهْنًا؛ لأنّ العبدَ وإنْ كان مضمونًا من حيث إنّه آدميٌّ لا من حيث إنّه مالٌ على أصلِ أصحابِنا رحمهم الله حتى لا تُزادَ ديَتُه على ديةِ الحُرِّ، ولَكِنّه مَرْهونٌ من حيث إنّه مالٌ لا من حيث إنّه آدميٌّ؛ فجازَ أنْ تَقومَ قيمَتُه مَقامَه وتكونَ رَهْنًا عند المُرْتَهِنِ.

ثم إنْ كان الرَّهْنُ [٣] مُؤَجَّلًا، كانت في يَدِه إلى حَلِّ الأجَلِ، وإذا حَلَّ فإنْ كانت القيمةُ من جنس الدَّيْنِ استَوْفَى الدَّيْنَ منها، وإنْ بَقِيَ [٤] فيها فضلٌ رَدَّه على الرّاهِنِ، وإنْ كانت أقَلَّ من الدَّيْنِ استَوْفَى منها من الدَّيْنِ بقدرِها بالفضْلِ أي يرجعُ بالبَقيّةِ على الرّاهِنِ وإنْ كانت من خلافِ جنسِ الدَّيْنِ حَبَسَها في يَدِه إلى وقتِ الفِكاكِ، وإنْ كان الدَّيْنُ حالاً فالحُكْمُ فيه وفيما إذا كان مُؤَجَّلًا فحَلَّ سَواءٌ وقد بَيَّنّاه وتُعْتَبَرُ قيمةُ العبدِ في ضَمانِ الاستِهْلاكِ يومَ الاستِهْلاكِ وفي ضَمانِ الرَّهْنِ يومَ القبضِ؛ لأنّ ضَمانَ الاستِهْلاكِ يجبُ بالاستِهْلاكِ وضَمانَ الرَّهْنِ يجبُ بالقبضِ، فيُعْتَبَرُ حالُ وُجودِ السَّبَبِ حتى لو كان الدَّيْنُ ألفَ درهَمٍ وقيمةُ العبدِ يومَ الرَّهْنِ ألفًا فانتَقَصَتْ قيمَتُه فتَراجَعَتْ إلى خمسِمائةٍ فقُتِلَ غَرِمَ القاتِلُ قيمته خمسَمِائةٍ وسَقَطَ من الدَّيْنِ خمسُمِائةٍ، وإذا غَرِمَ خمسَمِائةٍ بالاستِهْلاكِ، كانت هذِه الدَّراهِمُ رَهْنًا بمثلِها من الدَّيْنِ ويَسْقُطُ الباقي من الدَّيْنِ؛ لأنّه يَصيرُ مُسْتَوْفيًا كُلَّ الدَّيْنِ بها ولا يجوزُ استيفاءُ أكثرَ من خمسِمِائةٍ بخمسِمِائةٍ؛ لِما فيه من الرِّبا، وهذا بخلافِ ما إذا قَتَلَه عبدٌ أقَلَّ قيمةً منه فدُفِعَ به؛ لأنّ الدَّفْعَ لا يُؤَدّي إلى الرِّبا؛ لأنّه [لا] [٥] يجوزُ استيفاءُ كُلِّ الدَّيْنِ من هذا العبدِ.

---

(١) في المخطوط: «لإثبات».
(٢) في المخطوط: «العقد».
(٣) في المخطوط: «الدين».
(٤) في المخطوط: «كان».
(٥) ليست في المخطوط.

ألا تَرَى أنّه لو باعه جازَ وإنْ كان لا يُساويه فلم يَكُنْ فيه رِبًا، وكذلك لو قَتَلَه المُرْتَهِنُ، يَغْرَمُ قيمَتَه والحُكْمُ فيه وفي الأجنَبيِّ سَواءٌ وقد ذَكَرْناه [١] ولو قَتَلَه الرّاهنُ فهذا، وما إذا كان الرَّهْنُ من غيرِ بَني آدَمَ سَواءٌ وقد ذَكَرْناه فيما تَقَدَّمَ.

هذا إذا كان الجاني حُرًّا أمّا إذا كان عبدًا أو [٣/ ٢١٦ب] أمةً، يُخاطَبُ مولى القاتِلِ بالدَّفْعِ أو بالفِداءِ بقيمةِ المقتولِ، فإنِ اختارَ الدَّفْعَ فإنْ كانت قيمةُ المقتولِ مثلَ قيمةِ المَدْفوعِ أو أكثرَ فالمَدْفوعُ رَهْنٌ بجميعِ الدَّيْنِ ويُجْبَرُ الرّاهنُ على الافْتِكاكِ بلا خلافٍ وإنْ كانت قيمَتُه أقَلَّ من قيمةِ المقتولِ بأنْ كانت قيمةُ المقتولِ ألفًا والدَّيْنُ [بجميع] [٢] ألفٌ وقيمةُ المَدْفوعِ مِائةٌ فهو رَهْنٌ بجميعِ الدَّيْنِ أيضًا ويُجْبَرُ الرّاهنُ على الافْتِكاكِ بجميعِ الدَّيْنِ، كما كان يُجْبَرُ على افْتِكاكِ العبدِ المقتولِ لو كان حَيًّا بجميعِ الدَّيْنِ في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ.

وقال محمد: إنْ لم يَكُنْ بقيمةِ القاتِلِ وفاءٌ بقيمةِ المقتولِ، فالرّاهنُ بالخيارِ إنْ شاء افْتَكَّه بجميعِ الدَّيْنِ وإنْ شاء تَرَكَه للمُرْتَهِنِ بدَيْنِه، فمحمّدٌ مَرَّ على أصلِه في الجعْلِ بالدَّيْنِ عند تَعَذُّرِ الجبْرِ على الافْتِكاكِ وهنا تَعَذَّرَ؛ لِما فيه من الضَّررِ بالرّاهنِ.

ولأبي حنيفةَ وأبي يوسفَ أنّه لَمّا دُفِعَ الثّاني بالأوّلِ؛ قامَ مَقامَ الأوّلِ لَحْمًا ودَمًا، والأوّلُ كان رَهْنًا بجميعِ الدَّيْنِ وكان يُجْبَرُ الرّاهنُ على الافْتِكاكِ بجميعِ الدَّيْنِ، فكذا الثّاني.

وكذلك لو كان العبدُ المُرْتَهَنُ نَقَصَ في السِّعْرِ حتى صارَ يُساوي مِائةَ درهَمٍ، فقَتَلَه عبدٌ يُساوي مِائةَ درهَمٍ فدُفِعَ به فهو على [هذا] [٣] الاختِلافِ.

هذا إذا كان اختارَ مولى القاتِلِ الدَّفْعَ، فأمّا إذا اختارَ الفِداءَ فإنّه يَفْديه بقيمةِ المقتولِ، وكانت القيمةُ رَهْنًا عند المُرْتَهِنِ.

ثم يُنْظَرُ إنْ كانت القيمةُ من جنسِ الدَّيْنِ استَوْفَى دَيْنَه منها، وإنْ كانت من خلافِ الجنسِ حَبَسَها رَهْنًا حتى يَسْتَوْفيَ جميعَ دَيْنِه، ويُجْبَرُ الرّاهنُ على الافْتِكاكِ عند أبي حنيفة

---

(١) في المخطوط: «ذكرنا ذلك».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.

وأبي يوسفَ، وعند محمّدٍ يُخَيَّرُ الرّاهنُ بين الافْتِكاكِ بجميعِ الدَّيْنِ وبين التّرْكِ للمُرْتَهِنِ بالدَّيْنِ وقد مَرَّتِ المسألةُ.

هذا إذا كانت الجِنايةُ في النّفْسِ، فأمّا إذا كانت فيما دونَ النّفْسِ فإنْ كان الجاني حُرًّا، يجبُ أرشُه في مالِه لا على عاقِلَتِه، سَواءٌ كانت الجِنايةُ خَطَأً أو عَمْدًا.

(أمّا) الوُجوبُ في مالِه؛ فلأنّ العاقِلةَ لا تَعْقِلُ فيما دونَ النّفْسِ (وأمّا) التّسْويةُ بين الخطَأِ والعَمْدِ؛ فلأنّ القِصاصَ لا يجْري بين الحُرِّ والعبدِ فيما دونَ النّفْسِ؛ فاستَوَى فيه العَمْدُ والخطَأُ في وُجوبِ الأرشِ فكان الأرشُ رَهْنًا مع العبدِ؛ لأنّه بَدَلُ جُزْءٍ مَرْهونٍ، وإنْ كان الجاني عبدًا، يُخاطَبُ مولاه بالدَّفْعِ أو الفِداءِ بأرشِ الجِنايةِ، فإنِ اختارَ الفِداءَ بالأرشِ كان الأرشُ مع المجنيِّ عليه رَهْنًا، وإنِ اختارَ الدَّفْعَ يكونُ الجاني مع المجنيِّ عليه رَهْنًا، والخُصومةُ في ذلك كُلِّه إلى المُرْتَهِنِ؛ لأنّ حَقَّ الحبْسِ له، والجاني فوّتَ الحبْسَ عن بعضِ أجزاءِ الرَّهْنِ فلَه أنْ يُقيمَ بَدَلَ الفائتِ فيُقيمه مَقامَه رَهْنًا.

هذا الذي ذَكَرْنا حُكْمُ جِنايةِ غيرِ الرَّهْنِ على الرَّهْنِ وأمّا حُكْمُ جِنايةِ الرَّهْنِ على غيرِ الرَّهْنِ: فجِنايَتُه لا تَخْلو إمّا أنْ كانت على بَني آدَمَ، وإمّا أنْ كانت على غيرِ بَني آدَمَ من سائرِ الأموالِ فإنْ كانت على بَني آدَمَ، فلا تَخْلو إمّا أنْ كانت عَمْدًا وإمّا أنْ كانت خَطَأً أو في مَعْناه فإنْ كانت عَمْدًا، يُقْتَصُّ منه كما إذا لم تَكُنْ رَهْنًا؛ لأنّ مِلْكَ الرّاهنِ لا يَمْنَعُ وُجوبَ القِصاصِ، ألا تَرى أنّه لا يَمْنَعُ إذا لم يَكُنْ رَهْنًا، وإذا لم يَكُنِ المِلْكُ مانِعًا فحَقُّ المُرْتَهِنِ أولى؛ لأنّه دونَ المِلْكِ سَواءٌ قَتَلَ أجنبيًّا أو الرّاهنَ أو المُرْتَهِنَ؛ لأنّ القِصاصَ ضَمانُ الدَّمِ، ولا حَقَّ للمولى في دَمِه بل هو أجنَبيٌّ عنه، وكذا للمُرْتَهِنِ بطريق [1] الأولى إذِ الثّابِتُ له الحقُّ والحقُّ دونَ المِلْكِ فصارَتْ جِنايَتُه على الرّاهنِ والمُرْتَهِنِ في حَقِّ القِصاصِ، وجِنايَتُه على الأجنَبيِّ سَواءً، وإذا قُتِلَ قِصاصًا سَقَطَ الدَّيْنُ؛ لأنّ هَلاكَه حَصَلَ في ضَمانِ المُرْتَهِنِ (فيسقط دينه) [2]، كما إذا هَلَكَ بنفسِه.

هذا إذا كانت جِنايَتُه عَمْدًا، (فأمّا) إذا كانت خَطَأً أو مُلْحَقةً بالخطَأِ، فإنْ كانت شِبْهَ عَمْدٍ أو كانت عَمْدًا، لَكِنّ القاتِلَ ليس من أهلِ وُجوبِ القِصاصِ عليه بأنْ كان صَبيًّا أو مجنونًا، أو كانت جِنايَتُه فيما دونَ النّفْسِ فإنّه يُدْفَعُ أو يُفْدَى؛ لأنّ هذه الجِناياتِ من العَبيدِ

---

(١) في المطبوع: «من طريقِ».

(٢) في المطبوع: «فسَقَطَ دِيَتُه».

والإماءِ توجِبُ الدَّفْعَ أو الفِداءَ، ثم يُنْظَرُ إنْ كان العبدُ كُلُّه مضمونًا بأنْ كانت قيمَتُه مثلَ الدَّيْنِ أو دونَه، نحوُ أنْ تكونَ قيمةُ العبدِ ألفًا، والدَّيْنُ [٣/ ٢١٧أ] ألفًا، أو كان [الدَّيْنُ] (١) ألفًا وقيمةُ العبدِ خمسَمِائةٍ يُخاطَبُ المُرْتَهِنُ أوّلاً بالفِداءِ؛ لأنّه بالفِداءِ يَسْتَبْقي حَقَّ نَفْسِه في الرَّهْنِ بتَطْهيرِه عن الجِنايةِ من غيرِ أنْ يُسْقِطَ حَقَّ المُرْتَهِنِ.

ولو بُدِئَ بالرّاهنِ وخوطِبَ بالدَّفْعِ أو الفِداءِ على ما هو حُكْمُ الشّرعِ فرُبَّما يختارُ الدَّفْعَ فيَبْطُلُ حَقُّ المُرْتَهِنِ ويَسْقُطُ دَيْنُه فكانت البداءةُ بخِطابِ المُرْتَهِنِ بالفِداءِ أولى وإذا فداه بالأرشِ، فقد استَخْلَصَه واستَصْفاه عن الجِنايةِ وصارَ كأنّه لم يجْنِ أصلاً، فيَبْقى رَهْنًا كما كان، ولا يرجعُ بشيءٍ مِمّا فدَى على الرّاهنِ؛ لأنّه فدَى مِلْكَ الغيرِ بغيرِ إذنِه فكان مُتَبَرِّعًا فيه فلا يَمْلِكُ الرُّجوعَ، كما لو فداه أجنَبيٌّ ولأنّه بالفِداءِ أصلَحَ الرَّهْنَ باختيارِه واستَبْقَى حَقَّ نفسِه، فكان عامِلاً لِنفسِه بالفِداءِ فلا يرجعُ على غيرِه وليس له أنْ يَدْفَعَ؛ لأنّ الدَّفْعَ تمليكُ (٢) الرَّقَبةِ وهو لا يَمْلِكُ رَقَبَتَه.

وإنْ أبَى المُرْتَهِنُ أنْ يَفْدِيَ، يُخاطَبُ الرّاهنُ بالدَّفْعِ أو الفِداءِ؛ لأنّ الأصلَ في الخِطابِ هو الرّاهنُ؛ لأنّ المِلْكَ له، وإنّما (يُبْدَأُ بالمُرْتَهِنِ) (٣) بخِطابِ الفِداءِ صيانةً لِحَقِّه، فإذا أبَى عادَ الأمرُ إلى الأصلِ، فإنِ اختارَ الدَّفْعَ بَطَلَ الرَّهْنُ وسَقَطَ الدَّيْنُ أمّا بُطْلانُ الرَّهْنِ؛ فلأنّ العبدَ زالَ عن مِلْكِه بالدَّفْعِ إلى خَلَفٍ فخَرَجَ عن كونِه رَهْنًا وأمّا سُقوطُ الدَّيْنِ؛ فلأنّ استحقاقَ الزَّوالِ حَصَلَ بمَعْنًى في ضَمانِ المُرْتَهِنِ، فصارَ كأنّه هَلَك في يَدِه، وكذلك إنِ اختارَ الفِداءَ؛ لأنّه صارَ قاضيًا بما فدَى [دين] (٤) المُرْتَهِنُ؛ لأنّ الفِداءَ على المُرْتَهِنِ لِحُصولِ (٥) الجِنايةِ في ضَمانِه، إلاّ أنّه لَمّا أبَى الفِداءَ، والرّاهنُ مُحْتاجٌ إلى استِخْلاصِ عبدِه ولا يُمْكِنُه ذلك إلاّ بالفِداءِ؛ فكان مُضطَرًّا في الفِداءِ فلم يَكُنْ مُتَبَرِّعًا فكان له أنْ يرجعَ على المُرْتَهِنِ بما فدَى، وله على الرّاهنِ مثلُه فيَصيرُ قِصاصًا به.

وإذا صارَ قاضيًا دَيْنَ المُرْتَهِنِ [مِمّا فدَى] (٦)، يُنْظَرُ إلى ما فدَى وإلى قدرِ قيمةِ العبدِ [وإلى الدَّيْنِ] (٧)، فإنْ كان الفِداءُ مثلَ الدَّيْنِ وقيمةُ العبدِ مثلَ الدَّيْنِ أو أكثرَ سَقَطَ [الدَّيْنُ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «لمن يملك».
(٣) في المخطوط: «يطالب المرتهن».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «بحصول».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) ليست في المخطوط.

كُلُّه، وإنْ كان الفِداءُ أقَلَّ من الدَّيْنِ وقيمةُ العبدِ مثلَ الدَّيْنِ أو أكثرَ سَقَطَ] [١] من الدَّيْنِ بقدرِ الفِداءِ، و [٢] حُبِسَ العبدُ رَهْنًا بالباقي، وإنْ كان الفِداءُ قدرَ الدَّيْنِ أو أكثرَ وقيمةُ العبدِ أقَلَّ من الدَّيْنِ يَسْقُطُ من الدَّيْنِ قدرُ قيمةِ العبدِ ولا يَسْقُطُ أكثرُ منها؛ لأنّه لو هَلَكَ العبدُ، لا يَسْقُطُ من الدَّيْنِ أكثرُ من قيمَتِه [٣] فكذا عند الفِداءِ.

وإنْ كان العبدُ بعضُه مضمونًا والبعضُ أمانةً، بأنْ كانت قيمةُ العبدِ ألفَيْنِ والدَّيْنِ ألفًا فالفِداءُ عليهما جميعًا؛ لأنّ نصفَه مضمونٌ ونصفَه أمانةٌ، فكان فِداءُ نصفِ المضمونِ [منه] [٤] على المُرْتَهِنِ وفِداءُ نصفِ الأمانةِ على الرّاهنِ فيُخاطَبانِ جميعًا بالدَّفْعِ أو بالفِداءِ، والمعنى من خِطابِ الدَّفْعِ في جانِبِ المُرْتَهِنِ، الرِّضا بالدَّفْعِ لا [٥] فعلُ الدَّفْعِ؛ لأنّ فعلَ الدَّفْعِ ليس إليه.

ثم إذا خوطِبَ بذلك، لا يخلو (إمّا) أنِ اجتَمَعا على الدَّفْعِ، (وإمّا) أنِ اجتَمَعا على الفِداءِ، (وإمّا) أنِ اختَلَفا، فاختارَ أحدُهما الدَّفْعَ والآخَرُ الفِداءَ، والحالُ لا يخلو إمّا أنْ يكونا حاضِرَيْنِ وإمّا أنْ كان أحدُهما غائبًا، فإنْ كانا حاضِرَيْنِ واجتَمَعا على الدَّفْعِ ودَفعا، فقد سَقَطَ دَيْنُ المُرْتَهِنِ؛ لأنّ الدَّفْعَ بمنزلةِ الهَلاكِ وإنِ اجتَمَعا على الفِداءِ، فدَى كُلُّ واحدٍ منهما بنصفِ الأرشِ، وإذا فدَيا طَهُرَتْ رَقَبةُ العبدِ عن الجِنايةِ وبقى [٦] رَهْنًا كما كان، وكان كُلُّ واحدٍ منهما مُتَبَرِّعًا حتى لا يرجعَ على صاحبه بما فدَى؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما أدَّى ما عليه فكان مُؤَدِّيًا عن نَفسِه لا عن صاحبه، وإنِ اختَلَفا فأرادَ أحدُهما الفِداءَ والآخَرُ الدَّفْعَ، فأيُّهما اختارَ الفِداءَ فاختيارُه أولى.

(أمّا) المُرْتَهِنُ؛ فلأنّه بالفِداءِ يَسْتَبْقي حَقَّ نَفَسِه ولا يُسْقِطُ حَقَّ الرّاهنِ، والرّاهنُ بالدَّفْعِ يُسقِطُ حَقَّ المُرْتَهِنِ فكان اختيارُ المُرْتَهِنِ أولى.

وأمّا الرّاهنُ؛ فلأنّه يَسْتَبْقي مِلْكَ الرَّقَبةِ بالفِداءِ والمُرْتَهِنُ باختيارِ الدَّفْعِ يُريدُ إسقاطَ دَيْنِه وإبْطالَ مِلْكِ الرّاهنِ، فلم يَكُنْ له في اختيارِ الدَّفْعِ نَفْعٌ بل كان سفَهًا مَحْضًا وتَعَنُّتًا بارِدًا؛ فلا يُلْتَفَتُ إليه، فكان لِلرّاهنِ أنْ يَفْديَ ثم أيُّهما اختارَ الفِداءَ فدَى العبدَ بجميعِ الأرشِ ولا

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «وجعل».
(٣) في المخطوط: «قيمة العبد».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «لأنه».
(٦) في المطبوع: «ويكون».

يَمْلِكُ الآخَرُ دَفْعَه، ثم يُنْظَرُ إنْ كان الذي اختارَ الدَّفْعَ هو المُرْتَهِنَ ففَدَى بجميعِ الأرشِ، بَقِيَ (١) العبدُ رَهْنًا كما كان؛ لأنّه طَهُرَتْ رَقَبَتُه عن الجِنايةِ بالفِداءِ فصارَ كأنّه لم يَجْنِ، ويرجِعُ (٢) المُرْتَهِنُ على الرّاهنِ بدَيْنِه، وهَلْ [٣/ ٢١٧ب] يرجعُ عليه بحِصّةِ الأمانةِ؟ ذَكَرَ الكَرْخيُّ فيه رِوايَتَيْنِ: في رِوايةٍ لا يرجعُ بل يكونُ مُتَبَرِّعًا، وفي رِوايةٍ يرجعُ وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطَّحاويِّ أنّه لا يرجعُ إلاّ بدَيْنِه خاصّةً، ولم يَذْكُرِ اختِلافَ الرِّوايةِ.

وجه الرِّوايةِ الأولى: أنّه التَزَمَ الفِداءَ باختيارِه مع قُدْرَتِه أنه (٣) لا يَلْتَزِمَ؛ لأنّه لو لم يَلْتَزِمْ لَخوطِبَ الرّاهنُ فكان مُتَبَرِّعًا فيه فلا يَمْلِكُ الرُّجوعَ.

وجه الرِّوايةِ الأخرى: أنّ المُرْتَهِنَ يَحْتاجُ إلى إصْلاح قدرِ المضمونِ منه ولا يُمْكِنُه ذلك إلاّ بإصْلاح قدرِ الأمانةِ، فكان مُضْطَرًّا فلم يَكُنْ مُتَبَرِّعًا، وإنْ كان الذي اختارَ الفِداءَ هو الرّاهنَ ففَداه بجميعِ الأرشِ، لا يكونُ مُتَبَرِّعًا بل يكونُ قاضيًا بنصفِ الفِداءِ دَيْنَ المُرْتَهِنِ، ثم يُنْظَرُ إنْ كان نصفُ الفِداءِ مثلَ كُلِّ الدَّيْنِ سَقَطَ الدَّيْنُ كُلُّه، وإنْ كان أَقَلَّ منه سَقَطَ من الدَّيْنِ بقدرِه ورجع بالفضْلِ على الرّاهنِ ويَحْبِسُه رَهْنًا به.

هذا إذا كانا حاضِرَيْنِ، فأمّا إذا كان أحدُهما حاضِرًا فليس له وِلايةُ الدَّفْعِ أيُّهما كان، سَواءٌ كان [هو] (٤) المُرْتَهِنَ أو الرّاهنَ.

أمّا المُرْتَهِنُ فلا شَكَّ أنه (٥) لا مِلْكَ له في العبدِ أصلاً، والدَّفْعُ تمليكٌ فلا يُتَصَوَّرُ بدونِ المِلْكِ.

وأمّا الرّاهنُ؛ فلأنّ الدَّفْعَ إسقاطُ حَقِّ المُرْتَهِنِ وله وِلايةُ الفِداءِ بجميعِ الأرشِ، فإنْ كان الحاضِرُ هو المُرْتَهِنَ ففَداه بجميعِ الأرشِ، لا يكونُ مُتَبَرِّعًا في نصفِ الفِداءِ عند أبي حنيفةَ، وله أنْ يرجعَ على الرّاهنِ (٦) بدَيْنِه وبِنصفِ الفِداءِ، لَكِنّه يَحْبِسُ [العبدَ] (٧) رَهْنًا بالدَّيْنِ وليس له أنْ يَحْبِسَه رَهْنًا بنصفِ الفِداءِ بعدَ قَضاءِ الدَّيْنِ، وعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ

---

(١) في المخطوط: «ويبقى».
(٢) في المخطوط: «ورجع».
(٣) في المطبوع: «على أن».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المطبوع: «فيه؛ لأنه».
(٦) في المخطوط: «المرتهن».
(٧) ليست في المخطوط.

كان المُرْتَهِنُ مُتبَرِّعًا في نصفِ الفِداءِ فلا يرجعُ على الرّاهنِ إلاّ بدَيْنِه خاصّةً، كما لو فداه بحَضْرةِ الرّاهنِ فهما سَوّيا بين الغَيْبةِ والحضْرةِ وجَعَلاه [(١)] مُتبَرِّعًا في الحالينِ جميعًا وأبو حنيفةَ رضي الله عنه فرّقَ بين حالِ [(٢)] الحضْرةِ والغَيْبةِ فجعله مُتبَرِّعًا في الحضْرةِ لا في الغَيْبةِ.

وإنْ كان الحاضِرُ هو الرّاهنَ ففَداه بجميعِ الأرشِ لا يكونُ مُتبَرِّعًا في نصفِ الفِداءِ بالإجماعِ بل يكونُ قاضيًا بنصفِ الفِداءِ دَيْنَ المُرْتَهِنِ، كما لو فداه الرّاهنُ بحَضْرةِ المُرْتَهِنِ.

وجه قولِهما أنّ المُرْتَهِنَ فدَى مِلْكَ الغيرِ بغيرِ إذنِه فكان مُتبَرِّعًا، كما لو فداه أجنَبيٌّ؛ ولِهذا كان مُتبَرِّعًا في حالةِ الحضْرةِ كما في الغَيْبةِ.

ولأبي حنيفةَ رضي الله عنه أنّه في حالِ [(٣)] الحضْرةِ التَزَمَ الفِداءَ باختيارِه مع إمكانِ خِطابِ الرّاهنِ فكان مُتبَرِّعًا، والخِطابُ لا يُمْكِنُ حالةَ الغَيْبةِ وهو مُحْتاجٌ [(٤)] إلى إصْلاح قدرِ المضمونِ، ولا يُمْكِنُه ذلك إلاّ بإصْلاح قدرِ الأمانةِ فكان مُضْطَرًّا فلم يَكُنْ مُتبَرِّعًا.

[هذا الذي ذَكَرْنا حُكْمُ جِنايةِ الرَّهْنِ فأمّا حُكْمُ جِنايةِ ولَدِ الرَّهْنِ بأنْ قَتَلَ إنسانًا خَطَأً فحُكْمُه (أنّه لا فِداءَ) [(٥)] على المُرْتَهِنِ ويُخاطَبُ المولى بالدَّفْعِ أو الفِداءِ [في ضمانه] [(٦)].

أمّا عَدَمُ وُجوبِ الفِداءِ على المُرْتَهِنِ؛ فلأنّ خِطابَه بفِداءِ الرَّهْنِ مع أنّه ليس مِلْكَه لِحُصولِ الجِنايةِ من الرَّهْنِ في ضَمانِه، ولم يوجَدْ في الولَدِ؛ لأنّه ليس بمضمونٍ ألا تَرَى أنّه لو هَلك يَهْلِكُ بغيرِ شيءٍ.

وأمّا خِطابُ المولى بالدَّفْعِ أو الفِداءِ؛ فلأنّ المِلْكَ له فإنْ دَفَعَه خَرَجَ الولَدُ عن الرَّهْنِ ولم يَسْقُطْ شيءٌ من الدَّيْنِ.

أمّا خُروجُه عن الرَّهْنِ فلِزوالِ مِلْكِ الرّاهنِ عنه فيخرجُ عن الرَّهْنِ كما لو هَلك.

وأمّا عَدَمُ سُقوطِ شيءٍ من الدَّيْنِ؛ فلأنّ الولَدَ غيرُ مضمونٍ بالهَلاكِ بخلافِ الأُمِّ وإنْ

---

(١) في المخطوط: «وجعلا».
(٢) في المخطوط: «حالة».
(٣) في المخطوط: «حالة».
(٤) في المخطوط: «يحتاج».
(٥) في المخطوط: «ألا يجب شيئًا».
(٦) زيادة من المخطوط.

فدَى فهو رَهْنٌ مع أنّه على حالِه، فإنِ اختارَ الرّاهنُ الدَّفْعَ، فقال له المُرْتَهِنُ: أنا أفدي فلَه ذلك؛ لأنّ الولَدَ مَرْهونٌ وإنْ لم يَكُنْ مضمونًا، ألا تَرَى أنّ الحُكْمَ الأصليَّ لِلرَّهْنِ ثابِتٌ فيه وهو حَقُّ الحبْسِ، فكان الفِداءُ منه إصْلاحًا لِلرَّهْنِ فكان له ذلك] (١).

هذا إذا جَنَى الرَّهْنُ على أجنبيٍّ، فأمّا إذا جَنَى على الرّاهنِ أو على المُرْتَهِنِ أمّا جِنايَتُه على نفسِ الراهن جِنايةً موجِبةً للمالِ أو على مالِه فهَدْرٌ؛ لأنّ العبدَ مِلْكُه، والمولى لا يجبُ له على عبدِه دَيْنٌ بخلافِ جِنايةِ العبدِ المَغْصوبِ على المَغْصوبِ منه أو على مالِه، على أصلِ أبي حنيفةَ رحمه الله أنّها مُعْتَبَرةٌ؛ لأنّ المضموناتِ تُمْلَكُ عند أداءِ الضَّمانِ من وقتِ الغَصْبِ، فتَبَيَّنَ أنّ تلك الجِنايةَ لم تكُنْ جِنايةَ العبدِ على مولاه.

وأمّا جِنايَتُه على نفسِ المُرْتَهِنِ فهَدرٌ عند أبي حنيفةَ، وعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ مُعْتَبَرةٌ، يُدْفَعُ أو يُفْدَى إنْ رَضيَ به المُرْتَهِنُ ويَبْطُلُ الدَّيْنُ، وإنْ قال المُرْتَهِنُ: لا أطْلُبُ الجِنايةَ؛ لِما في الدَّفْعِ أو الفِداءِ من سُقوط حَقّي، فلَه ذلك وبَطَلَتِ الجِنايةُ والعبدُ رَهْنٌ على حالِه هَكذا أطْلَقَ الكَرْخيُّ.

وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطَّحاويِّ وفَصَّلَ فقال: إنْ كان العبدُ كُلُّه مضمونًا بالدَّيْنِ فهو على الاختِلافِ، وإنْ كان بعضُه مضمونًا وبعضُه أمانةً فجِنايَتُه مُعْتَبَرةٌ بالاتِّفاقِ، فيُقالُ لِلرّاهنِ: إنْ شِئْتَ فادْفَعْ، وإنْ شِئْتَ فافْدِه فإنْ دَفَعَه وقَبِلَ المُرْتَهِنُ، بَطَلَ الدَّيْنُ كُلُّه وصارَ العبدُ كُلُّه للمرتهن (٢)، وإنِ اختارَ الفِداءَ فنصفُ الفِداءِ على الرّاهنِ ونصفُه على المُرْتَهِنِ فما كان حِصّةَ المُرْتَهِنِ يَبْطُلُ وما كان حِصّةَ الرّاهنِ يُفْدَى، والعبدُ رَهْنٌ على حالِه، واختِلافُهم في جِنايةِ الرَّهْنِ على المُرْتَهِنِ نَظيرُ اختِلافِهم في (جِنايَتِه عند) (٣) الغَصْبِ على الغاصِبِ أنّها هَدرٌ عند أبي حنيفةَ، وعندَهما مُعْتَبَرةٌ.

(وجه) قولِهما أنّ هذِه [٣/ ٢١٨أ] جِنايةٌ ورَدَتْ على غيرِ المالِكِ فكانت مُعْتَبَرةً، كما إذا ورَدَتْ على أجنَبيٍّ، وهذا؛ لأنّ الأصلَ في الجِناياتِ اعتِبارُها، وسُقوطُ الاعتِبارِ لِمَكانِ عَدَمِ الفائدةِ وهنا في اعتِبارِ هذِه الجِنايةِ فائدةٌ؛ لأنّ موجَبَها الدَّفْعُ وله فيه فائدةٌ وهو الوُصولُ إلى مِلْكِ العبدِ وإنْ كان فيه سُقوطُ دَيْنِه.

---

(١) تأخر ذكر هذا الموضع وسيأتي ذكر موضعه في المخطوط.
(٢) في المطبوع: «لِلرّاهنِ».
(٣) في المخطوط: «جناية عبد».

ولأبي حنيفةَ أنّ هذِه الجِنايةَ ورَدَتْ على غيرِ المالِكِ لَكِنّها وُجِدَتْ في ضَمانِ المُرْتَهِنِ، فوُرودُها على غيرِ المالِكِ إنْ كان يَقْتَضي أنْ تكونَ مُعْتَبرَةً، فوُجودُها في ضَمانِ المُرْتَهِنِ يَقْتَضي أنْ لا تُعْتَبَرَ؛ لأنّها توجِبُ الفِداءَ عليه وذلك غيرُ مُمْكِنٍ؛ لِما فيه من إيجابِ الضَّمانِ عليه له وإنّه مُحالٌ، فوَقَعَ الشَّكُّ والاحتِمالُ في اعتِبارِها فلا تُعْتَبَرُ.

هذا إذا جَنَى على نفسِ المُرْتَهِنِ، فأمّا إذا جَنَى على مالِه فإنْ كانت قيمَتُه والدَّيْنُ سَواءً وليس في قيمَتِه فضْلٌ فجِنايَتُه هَدرٌ بالإجماعِ؛ لأنّه لا فائدةَ في اعتِبارِ هذِه الجِنايةِ، إذْ ليس حُكْمُها وُجوبَ الدَّفْعِ إلى المُرْتَهِنِ ليَمْلِكَه بل تَعَلَّقَ الدَّيْنُ برَقَبَتِه، فلو بيعَ وأُخِذَ ثَمَنُه؛ لَسَقَطَ دَيْنُه فلم يَكُنْ في اعتِبارِ هذِه الجِنايةِ فائدةٌ فلا تُعْتَبَرُ.

وإنْ كانت قيمَتُه أكثرَ من الدَّيْنِ، فعن أبي حنيفةَ رحمه الله رِوايَتانِ: في رِوايةٍ تُعْتَبَرُ الجِنايةُ في قدرِ الأمانةِ، وفي رِوايةٍ لا يَثْبُتُ حُكْمُ الجِنايةِ أصلاً وجه الرِّوايةِ الأولى أنّ المانِعَ من الاعتِبارِ كونُ العبدِ في ضَمانِ المُرْتَهِنِ، وقدرُ الأمانةِ وهو الفضْلُ على الدَّيْنِ ليس في ضَمانِه، فأمكَنَ اعتِبارُ الجِنايةِ في ذلك القدرِ فلَزِمَ اعتِبارُها.

وجه الرِّوايةِ الأُخرى أنّ ذلك القدرَ وإنْ لم يَكُنْ مضمونًا فهو في حُكْمِ المضمونِ؛ لِثُبوتِ حُكْمِ الرَّهْنِ فيه وهو الحبْسُ فيمتنع [1] الاعتِبارُ.

وأمّا جِنايةُ الرَّهْنِ على ابنِ الرّاهنِ أو على ابنِ المُرْتَهِنِ فلا شَكَّ أنّها مُعْتَبرَةٌ؛ لأنّ المانِعَ من الاعتِبارِ في حَقِّ الرّاهنِ هو كونُ العبدِ مملوكًا له، وفي حَقِّ المُرْتَهِنِ كونُه في ضَمانِه ولم يوجَدْ شيءٌ من ذلك هنا فكانت جِنايَتُه عليه وعلى الأجنَبيِّ سَواءً [2].

هذا الذي ذَكَرْنا حُكْمُ جِنايةِ الرَّهْنِ، فأما حكم جناية ولد الرهن بأن قتل إنسانًا خطأ فحكمه ألا يجب شيئًا على المرتهن، ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء في ضمانه، وأما وجوب الفداء على المرتهن فلأن خطابه بالفداء مع أنه ليس أنه ملكه؛ لحصوله الجناية من الرهن في ضمانه ولم يوجد من الولد؛ لأنه ليس بمضمون.

ألا ترى لو هلك بغير شيء، وأما خطاب المولى بالدفع أو الفداء ، فلأن الملك له، فإن دفعه خرج الولد عن الرهن، ولم يسقط شيء من الدين، أما خروجه عن الرهن

(١) في المطبوع: «فيُمْنَعُ».
(٢) هنا موضع السقط المشار إليه قريبًا، وقد تكرر ذكره في المطبوع هنا.

فلزوال ملك سقوط شيء من الدين غير مضمون بالهلاك، بخلاف الأم ولو فدى فهو رهن مع الأم على حاله، فإن اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن: أنا أفدي، فله ذلك؛ لأن الولد مرهون وإن لم يكن مضمونًا.

ألا ترى أن الحكم الأصلي للرهن ثابت فيه، وهو حق الحبس؛ فكان الفداء منه إصلاحًا للرهن، فكان له والله أعلم.

هذا الذي ذَكَرْنا حُكْمُ جِنايةِ الرَّهْنِ على بَني آدَمَ وأمّا حُكْمُ جِنايَتِه على سائرِ الأموالِ، بأنِ استَهْلك مالاً يَسْتَغْرِقُ رَقَبَتَه فحُكْمُها، وحُكْمُ جِنايةِ غيرِ الرَّهْنِ سَواءٌ، وهو تَعَلُّقُ الدَّيْنِ برَقَبَتِه يُباعُ فيه، إلاّ إذا قَضى الرّاهنُ أو المُرْتَهِنُ دَيْنَه، فإذا قَضاه أحدُهما فالحُكْمُ فيه والحُكْمُ فيما ذُكِرَ من الفِداءِ من جِنايَتِه على بَني آدَمَ سَواءٌ، وهو أنّه إنْ قَضى المُرْتَهِنُ الدَّيْنَ، بَقيَ دَيْنُه وبَقيَ العبدُ رَهْنًا على حالِه؛ لأنّه بالفِداءِ استفرَغَ رَقَبةَ العبدِ عن الدَّيْنِ واستَصْفاها عنه فيَبْقَى [العبدُ] (١) رَهْنًا بدَيْنِه كما كان، كما لو فداه عن الجِنايةِ، وإنْ أبَى المُرْتَهِنُ أنْ يَقْضيَ وقَضاه الرّاهنُ، بَطَلَ دَيْنُ المُرْتَهِنِ؛ لِما ذَكَرْنا في الفِداءِ من الجِنايةِ، فإنِ امتَنَعا عن قَضاءِ دَيْنِه، يُباعُ العبدُ بالدَّيْنِ ويُقْضَى دَيْنُ الغَريمِ من ثَمَنِه؛ لأنّ دَيْنَ العبدِ مُقَدَّمٌ على حَقِّ المُرْتَهِنِ.

ألا تَرَى أنّه مُقَدَّمٌ على حَقِّ المولَى، فعلى حَقِّ المُرْتَهِنِ أولى؛ لأنّه دونَه، ثم إذا بيعَ العبدُ وقُضيَ دَيْنُ الغَريمِ من ثَمَنِه فثَمَنُه لا يخلو إمّا أنْ يكونَ فيه وفاءٌ بدَيْنِ الغَريمِ، وإمّا أنْ لم يَكُنْ فيه وفاءٌ به فإنْ كان فيه وفاءٌ بدَيْنِه، فدَيْنُه لا يخلو إمّا أنْ يكونَ مثلَ دَيْنِ [٣/ ٢١٨ب] المُرْتَهِنِ وإمّا أنْ يكونَ أكثرَ منه وإمّا أنْ يكونَ أقلَّ منه، فإنْ كان مثلَه أو أكثرَ منه يسقط (٢) دَيْنُ المُرْتَهِنِ كُلُّه؛ لأنّ العبدَ زالَ عن مِلْكِ الرّاهنِ بسببٍ وُجِدَ في ضَمانِ المُرْتَهِنِ فصارَ كأنّه هَلك، وما فضَلَ من ثَمَنِ العبدِ يكونُ لِلرّاهنِ؛ لأنّه بَدَلُ مِلْكِه لا حَقَّ لأحدٍ فيه فيكونُ له خاصّةً، وإنْ كان أقَلَّ منه يسقط (٣) من دَيْنِ المُرْتَهِنِ بقدرِه، وما فضَلَ من ثَمَنِ العبدِ يكونُ رَهْنًا عند المُرْتَهِنِ بما بَقيَ؛ لأنّه لا دَيْنَ فيه فيَبْقَى رَهْنًا.

ثم إنْ كان الدَّيْنُ قد حَلَّ أخذه بدَيْنِه إنْ كان من جنسِ حَقِّه، وإنْ كان من خلافِ جنسِ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المطبوع: «سَقَطَ».

(٣) في المطبوع: «سَقَطَ».

حقَّه أمسَكَه إلى أنْ يَسْتَوْفيَ حقَّه، وإنْ كان الدَّيْنُ لم يَحِلَّ أمسَكَه بما بَقيَ من دَيْنِه إلى أنْ يَحِلَّ.

هذا إذا كان كُلُّ العبدِ مضمونًا بالدَّيْنِ، فأمّا إذا كان نصفُه مضمونًا ونصفُه أمانةً، لا يُصْرَفُ الفاضِلُ كُلُّه إلى المُرْتَهِنِ بل يُصْرَفُ نصفُه إلى المُرْتَهِنِ ونصفُه إلى الرّاهنِ؛ لأنّ قدرَ الأمانةِ لا دَيْنَ فيه، فيُصْرَفُ ذلك إلى الرّاهنِ وكذلك إنْ كان قدرُ (المضمونِ منه والأمانةِ) [١] على التّفاضُلِ، يُصْرَفُ الفضْلُ إليهما على قدرِ تَفاوُتِ المضمونِ والأمانةِ في ذلك؛ لِما قُلْنا.

وإن لم يَكُنْ في ثَمَنِ العبدِ وفاءٌ بدَيْنِ الغَريمِ أخذ الغَريمُ ثَمَنَه وما بَقيَ من دَيْنِه يَتَأَخَّرُ إلى ما بعدَ العَتاقِ ولا يرجعُ به على أحدٍ؛ لأنّه لم يوجَدْ سببُ وُجوبِ الضّمانِ من أحدٍ، إنّما وُجِدَ منه وحُكْمُه: تَعَلُّقُ الدَّيْنِ برَقَبَتِه واستيفاءُ الدَّيْنِ منها، فإذا لم تَفِ رَقَبَتُه بالدَّيْنِ، يَتَأَخَّرُ ما بَقيَ إلى ما بعدَ العِتْقِ، وإذا أُعْتِقَ وأدّى الباقيَ، لا يرجعُ بما أدّى على أحدٍ؛ لأنّه وجَبَ عليه بفعلِه فلا يرجعُ على غيرِه.

وكذلك حُكْمُ جِنايةِ ولَدِ الرَّهْنِ على سائرِ الأموالِ وحُكْمُ جِنايةِ الأُمِّ سَواءٌ، في أنّه يَتَعَلَّقُ الدَّيْنُ برَقَبَتِه كما في الأُمِّ، إلاّ أنّ هنا لا يُخاطَبُ المُرْتَهِنُ بقَضاءِ دَيْنِ الغَريمِ؛ لأنّ سببَ وُجوبِ الدَّيْنِ لم يوجَدْ في ضَمانِ المُرْتَهِنِ؛ ولأنّ الولَدَ ليس بمضمونٍ بخلافِ الأُمِّ، بل يُخاطَبُ الرّاهنُ بين أنْ يَبيعَ الولَدَ بالدَّيْنِ وبين أنْ يَسْتَخْلِفَه [٢] بقَضاءِ الدَّيْنِ، فإنْ قَضى الدَّيْنَ، بَقيَ الولَدُ رَهْنًا كما كان، وإنْ بيعَ بالدَّيْنِ، لا يَسْقُطُ شيءٌ من دَيْنِ المُرْتَهِنِ؛ لأنّه ليس بمضمونٍ، بخلافِ الأُمِّ.

هذا الذي ذَكَرْنا حُكْمُ جِنايةِ غيرِ الرَّهْنِ على الرَّهْنِ وحُكْمُ جِنايةِ الرَّهْنِ على غيرِ الرَّهْنِ [فأمّا حُكْمُ جِنايةِ الرَّهْنِ على الرَّهْنِ فنقولُ وباللَّه التَّوْفيقُ:

جِنايةُ الرَّهْنِ على الرَّهْنِ] [٣] نوعانِ: جِنايةٌ على الرَّهْنِ نَفْسِه، وجِنايةٌ [٤] على جنسِه.

أمّا جِنايَتُه على نَفْسِه: فهي بالهلاك [٥] بآفةٍ سَماويّةٍ سَواءٌ، ثم يُنْظَرُ إنْ كان العبدُ كُلُّه

---

(١) في المخطوط: «الأمانة والمضمون فيه».

(٢) في المخطوط: «يستخلصه».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «جنايته».

(٥) في المطبوع: «والهَلاك».

مضمونًا، سَقَطَ [١] من الدَّيْنِ بقدرِ النُّقْصانِ، وإنْ كان بعضُه مضمونًا وبعضُه أمانةً، سَقَطَ [٢] من الدَّيْنِ قدرُ ما انتقَصَ من المضمونِ لا من الأمانةِ.

وأمّا (جِنايةُ الرَّهْنِ على نَفَسِه) [٣] فعلى ضرْبَيْنِ أيضًا: جِنايةِ بَني آدَمَ على جنسِه، وجِنايةِ البَهيمةِ على جنسِها وعلى غيرِ جنسِها.

أمّا جِنايةُ بَني آدَمَ على جنسِه: بأنْ كان الرَّهْنُ عبدَيْنِ فجَنَى أحدُهما على صاحبه [٤] فالعبدانِ لا يخلو إمّا أنْ كانا رَهْنًا في صَفْقةٍ واحدةٍ، وإمّا أنْ كانا رَهْنًا في صَفْقتَيْنِ فإنْ كانا رَهْنًا في صَفْقةٍ واحدةٍ فجَنَى أحدُهما على صاحبه، فجِنايَتُه لا تَخْلو من أربَعةِ أقسامٍ:

جِنايةِ المشغولِ على المشغولِ وجِنايةِ المشغولِ على الفارِغِ وجِنايةِ الفارِغِ على الفارِغِ وجِنايةِ الفارِغ على المشغولِ.

والكلُّ هَدرٌ إلا واحدةً، وهي جِنايةُ الفارِغِ على المشغولِ، فإنّها مُعْتَبَرةٌ، ويَتَحَوّلُ ما في المشغولِ من الدَّيْنِ إلى الفارِغِ، ويكونُ رَهْنًا مَكانَه.

أمّا جِنايةُ المشغولِ على المشغولِ؛ فلأنّها لو اعتبِرَتْ إمّا أنْ تُعْتَبَرَ لِحَقِّ المولى أعني الرّاهنَ، وإمّا أنْ تُعْتَبَرَ لِحَقِّ المُرْتَهِنِ والاعتِبارُ لِحَقِّ الرَّهْنِ [٥] لا سَبيلَ إليه في الفُصولِ كُلِّها؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما مِلْكُه، وجِنايةُ المملوكِ على المملوكِ ساقِطةُ الاعتِبارِ لِحَقِّ المالِكِ؛ لأنّ اعتِبارَها في حَقِّه لِوُجوبِ الدَّفْعِ عليه أو الفِداءِ له، وإيجابُ شيءٍ على الإنسانِ [٦] لِنفسِه مُمْتَنِعٌ؛ ولِهذا لا يجبُ للمولى على عبدِه دَيْنٌ، ولا سَبيلَ إلى اعتِبارِ جِنايةِ المشغولِ على المشغولِ لِحَقِّ المُرْتَهِنِ؛ لأنّ الاعتِبارَ لِحَقِّه يُحَوِّلُ ما في المجنيِّ عليه من الدَّيْنِ إلى الجاني، والجاني مشغولٌ بدَيْنِ نفسِه، والمشغولُ بنفسِه لا يَشتغِلُ بغيرِه وكذلك جِنايةُ المشغولِ على الفارِغِ؛ لِما قُلْنا.

وأمّا جِنايةُ الفارِغِ على الفارِغِ [٣/ ٢١٩أ]؛ فلأنّه لا دَيْنَ للفارِغِ [٧] لِيَتَحَوّلَ إلى الجاني فلا يُفيدُ اعتِبارُها في حَقِّه.

---

(١) في المخطوط: «يسقط».
(٢) في المخطوط: «يسقط».
(٣) في المخطوط: «جنايته على جنسه».
(٤) في المخطوط: «الآخر».
(٥) في المخطوط: «الراهن».
(٦) في المخطوط: «إنسان».
(٧) في المخطوط: «في الفارغ».

وأمّا جِنايةُ الفارِغ على المشغولِ فمُمْكِنُ الاعتِبارِ لحقه يَتَحَوّلُ ما فيه من الدَّيْنِ إلى الفارِغ.

وَبيانُ هذِه الجُمْلةِ في مَسائلَ: إذا كان الدَّيْنُ ألفَيْنِ والرَّهْنُ عبدَيْنِ، يُساوي كُلُّ واحدٍ منهما ألفًا فقتَلَ أحدُهما صاحبَه أو جَنَى عليه [جِنايةً] (١) فيما دونَ النّفْسِ مِمّا قَلَّ أرشُها أو كثُرَ فجِنايَتُه هَدرٌ ويَسْقُطُ الدَّيْنُ الذي كان في المجنيِّ عليه بقدرِه، ولا يَتَحَوّلُ قدرُ ما سَقَطَ (٢) إلى الجاني؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما مشغولٌ كُلُّه بالدَّيْنِ وجِنايةُ المشغولِ على المشغولِ هَدرٌ فجُعِلَ كأنّ المجنيَّ عليه هَلَك بآفةٍ سَماويّةٍ.

ولو كان الدَّيْنُ ألفًا فقتَلَ أحدُهما صاحبَه، فلا دَفْعَ ولا فِداءَ، وكان القاتِلُ رَهْنًا بسَبْعِمِائةٍ وخمسينَ؛ لأنّ في كُلِّ واحدٍ منهما من الدَّيْنِ خمسَمِائةٍ، فكان نصفُ كُلِّ واحدٍ منهما فارِغًا ونصفُه مشغولاً، فإذا قَتَلَ أحدُهما صاحبَه، فقد جَنَى كُلُّ واحدٍ من نصفَي القاتِلِ على النِّصْفِ المشغولِ والنِّصْفِ الفارِغِ من المجنيِّ عليه وجِنايةُ قدرِ المشغولِ على المشغولِ وقدرِ المشغولِ على الفارِغِ وقدرِ الفارِغ على الفارِغِ هَدرٌ؛ لِما بَيَّنّا، فيَسْقُطُ ما كان فيه شيءٌ من الدَّيْنِ ولا يَتَحَوّلُ إلى الجاني، وجِنايةُ قدرِ الفارِغِ على قدرِ المشغولِ مُعْتَبَرةٌ، فيَتَحَوّلُ قدرُ ما كان فيه إلى الجاني، وذلك مِائَتانِ وخمسونَ، وقد كان في الجاني خمسُمِائةٍ فيَبْقَى رَهْنًا بسَبْعِمِائةٍ وخمسينَ.

ولو فقَأ أحدُهما عَيْنَ صاحبه، تَحَوّلَ نصفُ ما كان من الدَّيْنِ في العَيْنِ إلى الباقي فيَصيرُ الباقي رَهْنًا بسِتِّمِائةٍ وخمسةٍ وعشرينَ، وبَقيَ المَفْقوءُ عَيْنُه رَهْنًا بمِائَتَيْنِ وخمسينَ؛ لأنّ العبدَ الفاقِئَ جَنَى على نصفِ العبدِ الآخَرِ؛ لأنّ العَيْنَ من الآدَميِّ نصفُه، إلاّ أنّ ذلك النِّصْفَ نصفُه مشغولٌ بالدَّيْنِ ونصفُه فارِغٌ [من الدَّيْنِ، والفاقِئُ جَنَى على النِّصْفِ المشغولِ والفارِغ جميعًا، والفاقِئُ نصفُه مشغولٌ ونصفُه فارِغٌ] (٣) إلاّ أنّ جِنايةَ المشغولِ على قدرِ المشغولِ والفارِغ، وجِنايةَ الفارِغِ على قدرِ الفارِغِ والمشغولِ، (فقدرُ جِنايةِ) (٤) الفارِغِ على قدرِ المشغولِ مُعْتَبَرةٌ فيَتَحَوّلُ قدرُ ما كان في المشغولِ من الدَّيْنِ إلى الفاقِئِ، وذلك مِائةٌ وخمسةٌ وعشرونَ، وقد كان في الفاقِئِ خمسُمِائةٍ فيَصيرُ الفاقِئُ رَهْنًا بسِتِّمِائةٍ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «يسقط».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «على قدر الفارغ هدر وجناية».

وخمسةٍ وعشرينَ، ويَبْقَى المَفْقوءُ عَيْنُه رَهْنًا بمِائَتَيْنِ وخمسينَ؛ لانعِدامِ وُرودِ الجِنايةِ على ذلك النِّصْفِ واللَّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

وإنْ كان العبدانِ رَهْنًا في صَفْقَتَيْنِ فإنْ كان فيهما فضْلٌ على الدَّيْنِ، بأنْ كان الدَّيْنُ ألفًا وقدرُ كُلِّ واحدٍ منهما ألفًا فقتَلَ أحدُهما الآخَرَ تُعْتَبَرُ الجِنايةُ رَهْنًا بخلافِ الفصلِ الأوّلِ؛ لأنّ الصَّفْقةَ إذا تَفرَّقَتْ، صارَتْ بمنزلةِ ما لو رَهَنَ كُلَّ واحدٍ منهما رجلًا على حِدةٍ، فجَنَى أحدُهما على الآخَرِ وهناك يَثْبُتُ حُكْمُ الجِنايةِ كذا ههنا بخلافِ ما إذا اتَّحَدَتِ الصَّفْقةُ.

وإذا اعتُبِرَتِ الجِنايةُ هنا، يُخَيَّرُ الرّاهنُ والمُرْتَهِنُ فإنْ شاءا جَعَلا القاتِلَ مَكانَ المقتولِ فيَبْطُلُ ما كان في المقتول من الدَّيْنِ، وإنْ شاءا فدَيا القاتِلَ بقيمةِ المقتولِ ويكونُ رَهْنًا مَكان المقتولِ، والقاتِلُ [رَهْنٌ] (١) على حالِه.

وإنْ لم يَكُنْ فيهما فضْلٌ على الدَّيْنِ بأنْ كان الدَّيْنُ ألفَيْنِ وقيمةُ كُلِّ واحدٍ منهما ألفًا، فقتَلَ أحدُهما الآخَرَ فإنْ دَفَعاه (في الجِنايةِ) (٢)، قامَ المَدْفوعُ مَقامَ المقتولِ ويَبْطُلُ الدَّيْنُ الذي كان في القاتِلِ، وإنْ قالا: نَفْدي، فالفِداءُ كُلُّه على المُرْتَهِنِ، بخلافِ الفصلِ الأوّلِ؛ لأنّ هناك كُلَّ واحدٍ منهما ليس بمضمونٍ كُلِّه بل بعضُه، وهنا كُلُّ واحدٍ منهما مضمونٌ كُلُّه، فإذا حَلَّ الدَّيْنُ دَفَعَ الرّاهنُ ألفًا وأخذ عبدَه، وكانت الألفُ الأُخرى قِصاصًا بهذِه الألفِ إذا كان مثلَه.

ولو فقَأ أحدُهما عَيْنَ الآخَرِ، قيلَ لهما: ادْفَعاه أو افْدِياه، فإنْ دَفَعاه (٣) بَطَلَ ما كان فيه من الدَّيْنِ، وإنْ فدَياه كان الفِداءُ عليهما نصفَيْنِ وكان الفِداءُ رَهْنًا مع المَفْقوءِ عَيْنُه؛ لأنّ الجِنايةَ مُعْتَبَرةٌ؛ لِما ذَكَرْنا، فصارَ كعبدِ الرَّهْنِ إذا جَنَى على عبدٍ أجنبيٍّ.

فإنْ قال المُرْتهِنُ (٤): أنا لا أفدي ولَكِنّي أدَعُ الرَّهْنَ على حالِه فلَه ذلك، وكان الفاقِئُ رَهْنًا مَكانه على حالِه، وقد ذهبَ نصفُ ما كان في المَفْقوءِ من الدَّيْنِ؛ لأنّ اعتِبارَ الجِنايةِ إنّما كان لِحَقِّ المُرْتَهِنِ لا لِحَقِّ الرّاهنِ، فإذا رَضيَ المُرْتَهِنُ بهَدْرِ الجِنايةِ، صارَ هَدرًا.

وإنْ [٢١٩/٣ب] قال الرّاهنُ: أنا أفدي، وقال المُرْتَهِنُ: لا أفدي، كان لِلرّاهنِ أنْ يَفْدِيَه،

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «بالجناية».
(٣) في المخطوط: «دفعا».
(٤) في المخطوط: «الراهن».

وهذا إذا طَلَبَ المُرتَهِنُ حُكْمَ الجِنايةِ؛ [لأنه إذا طَلَبَ حُكْمَ الجِنايةِ] (١) فحُكْمُها التَّخْييرُ وإنْ أبى الرّاهنُ الفِداءَ وقال المُرْتَهِنُ: أنا أفدي والرّاهنُ حاضِرٌ أو غائبٌ، فهو على ما بيَّنّا في العبدِ الواحدِ.

(وأمّا) جِنايةُ البَهيمةِ على جنسِها: فهي هَدرٌ؛ لِما رُوِيَ عن النَّبِيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «جُرحُ العَجماءِ جُبارٌ» (٢) أي هَدرٌ، والعَجماءُ: البَهيمةُ، والجِنايةُ إذا هُدِرَتْ، سَقَطَ اعتبارُها وصارَ الهَلاكُ بها والهَلاكُ بآفةٍ سماويةٍ سَواءً، وكذلك جِنايَتُها على خلافِ جنسِها هَدرٌ؛ لِعُمومِ الحديثِ وأمّا جِنايةُ بني آدمَ عليها فحُكْمُها وحُكْمُ جِنايَتِه على سائرِ بني آدم على سائرِ الأموالِ سَواءٌ، وقد بيَّنّا ذلك.

فصل [في بيان ما يخرج به المرهون عن كونه مرهونا]

وَأمّا بيانُ ما يخرجُ به المَرْهونُ عن كونِه مَرْهونًا [ويَبْطُلُ به عقدُ الرَّهْنِ، وما لا يخرجُ ولا يَبْطُلُ فنَقولُ وباللَّه التَّوْفيقُ:

يخرجُ المَرْهونُ عن كونِه مَرْهونًا] (٣) ويَبْطُلُ الرَّهْنُ بالإقالةِ؛ لأنّها فسخُ العقدِ ونَقْضُه، والشَّيءُ لا يَبْقَى مع ما يَنْقُضُه، إلاّ أنّه لا يُبْطِلُه (٤) بنفسِ الإقالةِ من العاقِدَيْنِ ما لم يَرُدَّ المُرْتَهِنُ الرَّهْنَ على الرّاهنِ بعدَ الإقالةِ، حتى كان للمُرْتَهِنِ حَبْسُه بعدَ الإقالةِ؛ لأنّ العقدَ لا يَنْعَقِدُ في حق الحُكْمِ بدونِ القبضِ فلا يَتِمُّ فسخُه بدونِ فسخِه أيضًا وفَسْخُه بالرَّدِّ.

وعلى هذا يخرجُ ما إذا رَهَنَ عبدًا يُساوي ألفًا بألفٍ فقَبَضَه المُرْتَهِنُ، ثم جاءَ الرّاهنُ بجاريةٍ وقال للمُرْتَهِنِ: خُذْها مَكانَ الأولى ورُدَّ العبدَ إليَّ لا شَكَّ أنّ هذا جائزٌ؛ لأنّ هذا إقالةُ العقدِ في الأوّلِ وإنْشاءُ العقدِ في الثّاني وهما يَمْلِكانِ ذلك، إلاّ أنّه لا يخرجُ الأوّلُ عن ضَمانِ الرَّهْنِ إلاّ بالرَّدِّ على الرّاهنِ، حتى لو هَلَك في يَدِه قبلَ الرَّدِّ، يَهْلِكُ بالدَّيْنِ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ القبضَ في هذا البابِ يَجْري مجرَى الرُّكْنِ، حيث لا يَثْبُتَ الضَّمانُ بدونِه فلا يَتِمُّ الفسخُ بدونِ نَقْضِ القبضِ، وكذا لا يدخلُ الثّاني في الضَّمانِ إلاّ بردِّ الأوّلِ، حتى لو

(١) ليست في المخطوط.
(٢) أخرجه البخاري، كتاب: الزكاة، باب: في الركاز الخمس، برقم (١٤٩٩)، ومسلم، كتاب: الحدود، باب: جرح العجماء والمعدن والبئر جبار، برقم (١٧١٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «يبطل».

هَلك الثّاني في يَدِه قبلَ رَدِّ الأوّلِ ويهْلِكُ أمانةً؛ لأنّ الرّاهنَ لم يَرْضَ برهنهما على الجميعِ وإنّما رَضيَ برَهْنِ أحدِهما، حيث رَهَنَ الثّانيَ وطَلَبَ رَدَّ الأوّلِ، والأوّلُ كان مضمونًا بالقبضِ فما لم يخرجْ عن كونِه مضمونًا بنقض القبضِ فيه؛ لا يدخلُ الثّاني في الضَّمانِ ولو هَلَكا جميعًا في يَدِ المُرْتَهِنِ فسَقَطَ الدَّيْنُ بهلاكِ العبدِ، وهَلكتِ الجاريةُ بغيرِ شيءٍ؛ لأنها أمانةٌ هَلكتْ في يَدِه فتَهْلِكُ هَلاكَ الأماناتِ.

ولو قَبَضَ الرّاهنُ العبدَ وسَلَّمَ الجاريةَ، خَرَجَ العبد عن الضَّمانِ؛ لأنّه خَرَجَ عن كونِه مَرْهونًا وصارَتِ الجاريةُ مرهونة [(١)] حتى لو هَلكتْ، تَهْلِكُ بالدَّيْنِ؛ لأنّه رَهَنَها بالدَّيْنِ الذي كان العبدُ مَرْهونًا به، والعبدُ كان مضمونًا بذلك الدَّيْنِ فكذا الجاريةُ، فإنْ كانت قيمةُ العبدِ خمسَمِائةٍ وهو رَهْنٌ بألفٍ وقيمةُ الجاريةِ ألفٌ فهَلكتْ تَهْلِكُ بالألفِ؛ لأنّه رَهَنَ الجاريةَ بعقدٍ على حِدةٍ فكانت رَهْنًا ابْتِداءً، إلاّ أنّ شرطَ كونِه مضمونًا رَدُّ الأوّلِ؛ لأنّه لم يَرْضَ برَهْنِهما جميعًا إلاّ أنْ يكونَ الثّاني بَدَلَ الأوّلِ، بل هو مقصودٌ بنفسِه في كونِه رَهْنًا، فكان المضمونُ قدرَ قيمَتِه لا قدرَ قيمةِ الأوّلِ.

ولو (كان العبدُ يُساوي ألفًا والجاريةُ تُساوي) [(٢)] خمسَمِائةٍ، فرَدَّ العبدَ على الرّاهنِ وقَبَضَ الجاريةَ فهي رَهْنٌ بالألفِ، ولَكِنها إنْ هَلكتْ تَهْلِكُ بخمسِمِائةٍ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ الثّانيَ أصلٌ بنفسِه لِكَوْنِه مَرْهونًا بعقدٍ على حِدةٍ، فيُعْتَبَرُ في الضَّمانِ قدرُ قيمَتِه ولا يخرجُ باستيفاءِ الدَّيْنِ، حتى لو هَلك في يَدِ المُرْتَهِنِ بعدَما استَوْفَى [دَيْنَه] [(٣)] فعليه رَدُّ ما استَوْفَى، ويخرجُ بالإبْراءِ عن الدَّيْنِ عند أصحابِنا الثّلاثةِ رحمهم الله ويَبْطُلُ الرَّهْنُ خلافًا لِزُفَرَ، والمسألةُ قد مَرَّتْ في مَواضِعَ أُخَرَ من هذا الكِتابِ، ولا يخرجُ بالإعارةِ ويخرجُ بالإجارةِ بأنْ أجَرَه الرّاهنُ من أجنبيٍّ بإذنِ المُرْتَهِنِ، أو المُرْتَهِنُ بإذنِ الرّاهنِ، أو استأجَرَه المُرْتَهِنُ، ويَبْطُلُ الرَّهْنُ، وقد ذَكَرْنا الفرْقَ بينهما فيما تَقَدَّمَ.

ويخرجُ بالكِتابةِ والهبةِ والصّدَقةِ، إذا فعَلَ أحدُهما بإذنِ صاحبه ويخرجُ بالبيعِ بأنْ باعه الرّاهنُ أو المُرْتَهِنُ بإذنِ الرّاهنِ أو باعه العَدْلُ؛ لأنّ مِلْكَ المَرْهونِ قد زالَ بالبيعِ ولَكِنْ لا يَبْطُلُ الرَّهْنُ؛ لأنّه زالَ إلى خَلَفٍ وهو الثّمَنُ فبَقيَ [(٤)] العقدُ عليه.

---

(١) في المطبوع: «مضمونة».
(٢) في المخطوط: «قيمة العبد ألفًا وقيمة الجارية».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «فيبقى».

وكذا في كُلِّ موضِعِ خَرَجَ وأحدث بَدَلاً، ويخرجُ بالإعتاقِ إذا [٣/ ٢٢٠أ] كان المُعْتِقُ موسِرًا بالإنْفاقِ، وإنْ كان مُعْسِرًا فكذلك عندَنا، وعند الشّافعيِّ رحمه الله لا يخرجُ، بناءً على أنّ الإعتاقَ نافِذٌ عندَنا [١]، وعندَه لا يَنْفُذُ [٢].

(وجه) قولِه أنّ هذا إعتاقٌ تَضَمَّنَ إبطالَ حَقِّ المُرْتَهِنِ، ولا شَكَّ أنّه تَضَمَّنَ إبطالَ حَقِّه؛ لأنّ حَقَّه مُتَعَلِّقٌ بالرَّهْنِ ويَبْطُلُ بالإعتاقِ، وعِصْمةُ حَقِّه تمنَعُ من الإبْطالِ؛ ولِهذا لا [٣] يَنْفُذُ البيعُ كذا الإعتاقُ، بخلافِ ما إذا كان الرّاهنُ موسِرًا؛ لأنّ هناك لم يوجَدِ الإبْطالُ؛ لأنّه يُمْكِنُه الوُصولُ إلى دَيْنِه للحالِ من جِهةِ الرّاهِنِ.

(ولَنا) أنّ إعتاقَه صادَفَ موقوفًا هو مملوكُه رَقَبةً فيَنْفُذُ كإعتاقِه [٤] الآبِقَ والمُسْتَأْجَرَ، ودَلالةُ الوصْفِ ظاهرٌ [٥]؛ لأنّ المَرْهونَ مملوكٌ لِلرّاهِنِ عَيْنًا ورَقَبةً إنْ لم (يَكُنْ مملوكًا) [٦] يَدًا وحَبْسًا، ومِلْكُ الرَّقَبةِ يَكْفي لِنَفاذِ الإعتاقِ، كما في إعتاقِ العبدِ المُسْتَأْجَرِ والآبِقِ.

وقولُه يُبْطِلُ حَقَّ المُرْتَهِنِ قُلْنا: نَعَمْ، لَكِنْ ضرورةُ بُطْلانِ مِلْكِ الرّاهنِ، وذا لا يَمْنَعُ النَّفاذَ كما في موضِعِ الإجماعِ، مع أنّ الثّابِتَ لِلرّاهنِ حَقيقةُ المِلْكِ، والثّابِتَ للمُرْتَهِنِ حَقُّ الحبْسِ، ولا شَكَّ أنّ اعتِبارَ الحقيقةِ أولى؛ لأنّها أقوى بخلافِ البيعِ؛ لأنّ نَفاذَه يَعْتَمِدُ قيامَ مِلْكِ الرَّقَبةِ واليَدِ جميعًا؛ لأنّ القُدْرةَ على تسليمِ المَبيعِ شرطُ نَفاذِه ولم يوجَدْ في المَرْهونِ؛ لأنّه في يَدِ المُرْتَهِنِ، فإذا نَفَذَ إعتاقُه خَرَجَ العبدُ عن أنْ يكونَ مَرْهونًا؛ لأنّه صارَ حُرًّا من كُلِّ وجهٍ، والحُرُّ من وجهٍ وهو المُدَبَّرُ لا يَصْلُحُ لِلرَّهْنِ فالحُرُّ من كُلِّ وجهٍ أولى، ولِهذا لم يَصْلُحْ رَهْنًا في [حالةِ] [٧] الابْتِداءِ فكذا في حالةِ البَقاءِ.

ثم يُنْظَرُ إنْ كان الرّاهنُ موسِرًا والدَّيْنُ حالٌّ، يُجْبَرُ الرّاهنُ على قَضائه؛ لأنّه لا معنى

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوى ص(٩٣)، روضة القضاة (١/ ٤١٩)، الهداية مع البناية (١٢/ ٢٤)، إيثار الإنصاف ص (٣٦٩)، مجمع الأنهر ص (٥٧٩).

(٢) وفي بيان مذهب الشافعية: إن كان الراهن موسرا نفذ عتقه وإن كان معسرًا لم ينفذ عتقه. انظر: الأم (٣/ ١٩٥)، المهذب مع المجموع (١٣/ ٢٣٦- ٢٣٩).

(٣) في المخطوط: «لم».

(٤) في المخطوط: «كإعتاق».

(٥) في المخطوط: «ظاهرة».

(٦) في المخطوط: «تكن مملوكة».

(٧) ليست في المخطوط.

لِإيجابِ الضَّمانِ، وكذلك إنْ كان الدَّيْنُ مُؤَجَّلاً وقد حَلَّ الأجَلُ وإنْ كان لم يَحِلَّ، غَرِمَ الرّاهنُ قيمةَ العبدِ وأخذه المُرْتَهِنُ رهنًا مَكانه ولا سِعايةَ على العبدِ.

أمّا وُجوبُ الضَّمانِ على الرّاهنِ؛ فلأنّه أبطَلَ على المُرْتَهِنِ حَقَّه حَقًّا قَويًّا، هو في معنى المِلْكِ أو هو مِلْكُه من وجهٍ لِصَيْرورَتِه مُسْتَوْفيًا دَيْنَه من ماليَّتِه من وجهٍ؛ فجازَ أنْ يكونَ مضمونًا بالإتْلافِ وأمّا كونُه رَهْنًا؛ فلأنّه بَدَلُ العبدِ، وفي الحقيقةِ بَدَلُ ماليَّتِه فيقومُ مَقامَه وإذا حَلَّ الأجَلُ، يُنْظَرُ إنْ كانت القيمةُ من جنسِ الدَّيْنِ يُسْتَوْفَى منها دَيْنُه فإنْ كانت قيمَتُه أكثرَ من الدَّيْنِ رَدَّ الفضْلَ على الرّاهنِ، وإنْ كانت قيمَتُه أقَلَّ من الدَّيْنِ يرجعُ [١] بفَضْلِ الدَّيْنِ على الرّاهنِ، وإنْ كانت قيمَتُه من خلافِ جنسِ الدَّيْنِ، حَبَسَها بالدَّيْنِ حتى يَسْتَوْفيَ دَيْنَه.

(وأمّا) عَدَمُ وُجوبِ السِّعايةِ على العبدِ؛ فلأنّه لم يوجَدْ منه سبب وُجوبِ الضَّمانِ وهو الإتْلافُ؛ لأنّ الإتْلافَ وُجِدَ من الرّاهنِ لا من العبدِ، ومُؤاخَذةُ الإنسانِ بالضَّمانِ من غيرِ مُباشَرةِ سببٍ [٢] منه خلافُ الأصلِ، وكذلك لو كان الرّاهنُ موسِرًا وقتَ الإعتاقِ ثم أعسَرَ بعدَ ذلك؛ لأنّ العِبْرةَ لِوَقْتِ الإعتاقِ؛ لأنه وقتُ مُباشَرةِ سببِ وُجوبِ الضَّمانِ، وإنْ كان مُعْسِرًا فللمُرْتَهِنِ أنْ يرجعَ بدَيْنِه على الرّاهنِ إنْ شاء، وإنْ شاء استسعَى العبدَ في الأقَلِّ من قيمَتِه ومن الدَّيْنِ، ويُعْتَبَرُ في العبدِ أيضًا أقَلُّ قيمَتِه وقتَ الرَّهْنِ ووَقْتَ الإعتاقِ، ويَسْعَى في الأقَلِّ منهما ومن الدَّيْنِ، حتى لو كان الدين ألفَيْنِ وقيمةُ العبدِ وقتَ الرَّهْنِ ألفًا فازْدادَتْ [٣] قيمَتُه في يَدِ المُرْتَهِنِ حتى صارَتْ تُساوي ألفَيْنِ، ثم أعتقَه الرّاهنُ وهو مُعْسِرٌ سَعَى العبدُ في ألفٍ قدرِ قيمَتِه وقتَ الرَّهْنِ ولو انتَقَصَتْ قيمَتُه حتى صارَ يُساوي خمسَمِائةٍ، سَعَى في خمسِمائةٍ قدرِ قيمَتِه وقتَ الإعتاقِ.

(أمّا) اختيارُ الرُّجوعِ على الرّاهنِ؛ فلأنّه أبطَلَ حَقَّه بالإعتاقِ. (وأمّا) وِلايةُ استِسْعاءِ العبدِ؛ فلأنّ بالرَّهْنِ صارَتْ ماليّةُ هذا العبدِ مملوكةً للمُرْتَهِنِ من وجهٍ؛ لأنّه صارَ مُسْتَوْفيًا لِدَيْنِه من ماليَّتِه، فإذا أعتقَه الرّاهنُ فقد صارَتْ هذِه الماليّةُ مُحْتَبَسةً عند العبدِ، فوَصَلَتْ إلى العبدِ بالإتْلافِ ماليّةٌ مشغولةٌ بحَقِّ المُرْتَهِنِ فكان للمُرْتَهِنِ أنْ يَسْتَخْرِجَها منه، ولا

---

(١) في المخطوط: «رجع».
(٢) في المخطوط: «سببه».
(٣) في المخطوط: «فإن زادت».

يُمْكِنُه ذلك إلاّ باستِسْعاءِ العبدِ فلَه أنْ يَسْتسعيَه، بخلافِ حالةِ اليَسارِ؛ لأنّ الدَّيْنَ في الحقيقةِ على الرّاهنِ وإنّما العبدُ جُعِلَ مَحلاًّ لاستيفاءِ الدَّيْنِ منه عند تَعذُّرِ الاستيفاءِ [٣/ ٢٢٠ب] من الرّاهنِ على ما هو موضوعُ الرَّهْنِ في الشّرعِ أنّ الرّاهنَ يُؤمَرُ بقَضاءِ الدَّيْنِ وعند التّعذُّرِ يُسْتَوْفَى من الرَّهْنِ، كما قبلَ الإعتاقِ والتّعذُّرِ عند إعسارِ الرّاهنِ لا عند يَسارِه، فيَسْعَى في حالِ الإعسارِ لا في حالِ [١] اليَسارِ، وبِخلافِ العبدِ المُشترَى قبلَ القبضِ إذا أعتقَه المُشتري وهو مُفْلِسٌ أنه، لا يكونُ للبائعِ وِلايةُ استِسْعاءِ العبدِ بقدرِ الثّمَنِ، وإنْ كان مَحبوسًا قبلَ التّسْليم بالثّمَنِ، كالمَرْهونِ مَحْبوسٌ بالدَّيْنِ؛ لأنّ العبدَ بنفسِ البيعِ خَرَجَ عن مِلْكِ البائعِ من كُلِّ وجهٍ فلم يوجَدِ احتِباسُ ماليّةٍ مملوكةٍ للبائعِ عند العبدِ، وإنّما للبائعِ مُجَرَّدُ حَقِّ الحبْسِ، فإذا خَرَجَ عن مَحَلّيّةِ الحبْسِ بالإعتاقِ، بَطَلَ حَقُّ الحبْسِ أصلاً وبَقِيَ حَقُّه في مُطالَبةِ المُشتري بالثّمَنِ فحَسْبُ، أمّا ههنا فبِخلافِه.

(وأمّا) السِّعايةُ في الأقلِّ من قيمَتِه ومن الدَّيْنِ؛ فلِما ذَكَرْنا أنّ الاستِسْعاءَ لِمَكانِ ضرورةِ الماليّةِ المملوكةِ للمُرْتَهِنِ من وجهٍ مُحْتَبَسةً عند العقدِ، فتُقَدَّرُ السِّعايةُ بقدرِ الاحتِباس، ثم إذا سَعَى العبدُ، يرجعُ بما سَعَى على الرّاهنِ؛ لأنّه قَضَى دَيْنَ الرّاهنِ من خالصِ مِلْكِه على وجه الاضْطِرارِ؛ لأنّ الشّرعَ أوجَبَ عليه السِّعايةَ والقاضي ألزَمَه، ومَنْ قَضَى دَيْنَ غيرِه مُضْطَرًّا من مالِ نَفْسِه لا يكونُ مُتبَرِّعًا ويرجعُ عليه، كالوارِثِ إذا قَضَى دَيْنَ المَيِّتِ من مالِ نَفْسِه، أنّه يرجعُ على التّرِكةِ كذا هذا، فإنْ بَقِيَ بعدَ السِّعايةِ شيءٌ من الدَّيْنِ، رجع المُرْتَهِنُ بذلك على الرّاهنِ.

ولو نَقَصَ العبدُ في السِّعْرِ قبلَ الإعتاقِ ثم أعتقه بأنْ كان الدَّيْنُ ألفًا وقيمةُ العبدِ وقتَ [٢] الرَّهْنِ ألفًا، فنَقَصَ في السِّعْرِ حتى عادَتْ قيمَتُه إلى خمسِمائةٍ، ثم أعتَقَه الرّاهنُ وهو مُعْسِرٌ سَعَى في قدرِ قيمَتِه وقتَ الإعتاقِ وهو خمسُمِائةٍ، فللمُرْتَهِنِ أنْ يرجعَ على الرّاهنِ بخمسِمِائةٍ أُخرى؛ لأنّه لم يَصِلْ إليه من حَقِّه إلاّ قدرُ خمسِمائةٍ فلَه أنْ يرجعَ عليه بالباقي ولو لم يَنْقُصِ العبدُ في السِّعْرِ ولكِنّه قَتَلَه عبدٌ يُساوي مِائةَ درهَمٍ فدُفِعَ مَكانه، فأعتَقَه الرّاهنُ وهو مُعْسِرٌ يَسْعَى [٣] في قيمَتِه مِائةِ درهَمٍ ويرجعُ بذلك على الرّاهنِ،

---

(١) في المخطوط: «حالة».

(٢) في المخطوط: «يوم».

(٣) في المخطوط: «سعى».

ويرجعُ المُرْتَهِنُ على الرّاهنِ بتِسْعِمائةِ درهم؛ لأنّه لَمّا دُفِعَ به فقد قامَ مَقامَ الأوّلِ لَحْمًا ودَمًا فصارَ رَهْنًا بجميعِ المالِ، كأنّ الأوّلَ قائمٌ وتَراجَعَ سِعْرُه إلى مِائةٍ؛ فأعتَقَه الرّاهنُ وهو مُعْسِرٌ ولو كان كذلك لَسَعَى في قيمَتِه وقتَ الإعتاقِ مِائةِ درهَمٍ ويرجعُ بذلك على الرّاهنِ، وكان للمُرْتَهِنِ أنْ يرجعَ ببَقيّةِ دَيْنِه على الرّاهنِ كذا هذا.

ولو كان الرَّهْنُ جاريةً تُساوي ألفًا بألفٍ فوَلَدَتْ ولَدًا يُساوي ألفًا، فأعتَقَها المولى وهو مُعْسِرٌ سَعَيا في ألفٍ؛ لأنّ الضَّمانَ فيهما ألفٌ.

ولو لم تَلِدْ ولَكِنْ قَتَلَها عبدٌ قيمَتُه ألفانِ فدُفِعَ بها ثم أعتَقَه المولى سَعَى في ألفِ درهَمٍ؛ لأنّه كان مضمونًا بهذا القدرِ لِقيامِه مَقامَ المقتولةِ لَحْمًا ودَمًا، وهي كانت مضمونةً بهذا القدرِ كذا هذا.

ولو قال المولى لِعبدِه: رَهَنْتُكَ عند [(١)] فُلانٍ، وكذَّبَه العبدُ، ثم أعتَقَه المولى وهو مُعْسِرٌ فالقولُ قولُ المولَى، ولَزِمَه [(٢)] السِّعايةُ عند أصحابِنا الثّلاثةِ رضي الله عنهم.

وقال زُفرُ رحمه الله: القولُ قولُ العبدِ ولا سِعايةَ عليه.

(وجه) قولِه أنّ المولى بهذا الإقرارِ يُريدُ إلْزامَ السِّعايةِ على العبدِ، وقولُه: «في إلْزامِ السِّعايةِ عليه» غيرُ مقبولٍ، كما لو أقَرَّ عليه بذلك بعدَ الإعتاقِ.

(ولَنا) أنّه أقَرَّ بما يَمْلِكُ إنْشاءه عليه للحالِ لِثُبوتِ الوِلايةِ له عليه للحالِ؛ لِوُجودِ سببِ الوِلايةِ وهو المِلْكُ فيَصِحُّ ولا يُلْتَفَتُ إلى تَكْذيبِ العبدِ، بخلافِ ما بعدَ الإعتاقِ؛ لأنّه هناك أقَرَّ بما لا يَمْلِكُ للحالِ إنْشاءه لِزَوالِ مِلْكِ الوِلايةِ بالإعتاقِ هذا إذا أعتَقَه، فأمّا إذا دَبَّرَه فيجوزُ تَدْبيرُه ويخرجُ عن كونِه رَهْنًا، أمّا جوازُ التّدْبيرِ؛ فلأنّه يَقِفُ على قيامِ مِلْكِ الرَّقَبةِ لِجوازِ الإعتاقِ، ومِلْكُ الرَّقَبةِ قائمٌ بعدَ الرَّهْنِ.

(وأمّا) خُروجُه عن الرَّهْنِ؛ فلأنّ المُدَبَّرَ لا يَصْلُحُ رَهْنًا؛ لأنّ كونَ المَرْهونِ مالاً مُطْلَقًا شرطُ جوازِ الرَّهْنِ على ما بَيّنّا فيما تَقَدَّمَ وبالتّدْبيرِ خَرَجَ من أنْ يكونَ مالاً مُطْلَقًا فيخرجُ عن كونِه رَهْنًا؛ ولِهذا لم يَصْلُحْ رَهْنًا ابْتِداءً فكذا في حالةِ البَقاءِ.

وهَلْ يَسْعَى للمُرْتَهِنِ؟ لا [٣/ ٢٢١أ] خلافَ في أنّ الرّاهنَ إذا كان مُعْسِرًا يَسْعَى وأمّا

---

(١) في المخطوط: «عبد».

(٢) في المخطوط: «لزمته».

إذا كان موسِرًا، ذَكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله أنّه يَسْعَى، وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطَّحاويِّ أنّه لا يَسْعَى، وسَوّى بين الرهن وبين الإعتاقِ، وهو أنّ الدَّيْنَ إنْ كان حالاً، أخذ المُرْتَهِنُ جميعَ دَيْنِه من الرّاهنِ، وإنْ كان مُؤَجّلاً، أخذ قيمةَ العبدِ من الرّاهنِ ويكونُ رَهْنًا مَكانه، كما في الإعتاقِ.

(وجه) ما ذَكَرَه الكَرْخيُّ أنّ الدَّيْنَ على المولَى، وكَسْبُ المُدَبَّرِ مِلْكُ المولَى؛ لأنّه [1] بالتّدْبيرِ لم يخرجْ عن مِلْكِ المولَى، فكانت سِعايةَ [2] مالِ المولَى، فكان صَرْفُ السِّعايةِ إلى المُرْتَهِنِ قَضاءَ دَيْنِ المولى من مالِ المولَى، فيَسْتَوي فيه حالُ [3] الإعسارِ واليَسارِ بخلافِ كسْبِ المُعْتَقِ؛ لأنّه كسْبُ الحُرِّ من كُلِّ وجهٍ وكَسْبُ الحُرِّ من كُلِّ وجهٍ مِلْكه فكانت السِّعايةُ مِلْكَه، والأصلُ أنْ لا يُؤمَرَ الإنسانُ بقَضاءِ دَيْنِ غيرِه من مالِ نَفْسِه؛ إلاّ عند العَجْز عن القَضاءِ بنفسِه فيَتَقَيَّدُ بحالِ العَجْزِ [4] وهي حالةُ الإعسارِ.

(وجه) ما ذَكَرَه القاضي أنّ السِّعايةَ وإنْ كانت مِلْكَ المولى لَكِنْ لا صُنْعَ للعبدِ في اكتساب سبب وُجوبِها، إذْ لا صُنْعَ له في التّدْبيرِ بل هو فعلُ المولَى، ومَهْما أمكَنَ إيجابُ [الضَّمانِ] [5] على مَنْ وُجِدَ منه مُباشَرة سببِ وُجوبه كان أولى من إيجابه على مَنْ لا صُنْعَ [له] [6] فيه أصلاً ورَأسًا، فإذا كان المولى مُعْسِرًا [7] كان الإمكانُ ثابتًا فلا معنى لإيجابِ السِّعايةِ على العبدِ، ثم إذا سَعَى في حالةِ الإعسارِ يَسْعَى في جميعِ الدَّيْنِ بالِغًا ما بَلَغَ؛ لأنّ السِّعايةَ مالُ المولَى، فكان الاستِسْعاءُ من المُرْتَهِنِ استيفاءَ الدَّيْنِ من مالِ المولَى، فكان له أنْ يَسْتَوْفيَه بتَمامِه سَواءٌ كان الدَّيْنُ حالاً أو مُؤَجّلاً؛ لِما قُلْنا.

وقيل: إنْ كان الدَّيْنُ حالاً فكذلك، فأمّا إذا كان مُؤَجّلاً فلا يَسْعَى إلاّ في قدرِ قيمَتِه ويكونُ رَهْنًا مَكانه، وهَكذا ذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطَّحاويِّ.

(ووجه) الفرْقِ على هذا القولِ أنّ الدَّيْنَ إذا كان حالاً، كان واجبَ القَضاءِ للحالِ على سَبيلِ التّضْييقِ، وهذا مالُ المولى فيُقْضَى منه دَيْنُه على الكَمالِ، وإذا كان مُؤَجّلاً، لا يجبُ قَضاؤه للحالِ أصلاً ولا يجبُ على سَبيلِ التّضْييقِ، إلاّ أنّ الرّاهنَ بالتّدْبيرِ فوّتَ حَقَّ

(١) في المخطوط: «لأن المدبر».
(٢) في المخطوط: «سعايته».
(٣) في المخطوط: «حالة».
(٤) في المخطوط: «بحالة».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «موسرًا».

المُرْتَهِنِ؛ فتَجِبُ إعادةُ حَقِّه إليه بعِوَضٍ يقومُ مَقامَه جَبْرًا للفائتِ، فيَتَقَدَّرُ الجائزُ بقدرِ الفائتِ فيَسْتسعيه بقدرِ قيمَتِه ويكونُ رَهْنًا مَكانه، ولا يرجعُ المُدَبَّرُ بما يَسْعَى على الرّاهنِ بخلافِ المُعْتَقِ فوَقَعَ الفرْقُ بين التّدْبيرِ والإعتاقِ في موضِعَيْنِ:

(أحدُهما) أنّ المُدَبَّرَ يَسْعَى في جميعِ الدَّيْنِ بالِغًا ما بَلَغَ ولا يُنْظَرُ إلى القيمةِ، والمُعْتَقَ يَسْعَى في الأقَلِّ من قيمَتِه ومن الدَّيْنِ.

والثاني: أنّ المُدَبَّرَ لا يرجعُ بما يَسْعَى [١] على المولَى، والمُعْتَقَ يرجعُ، والفرْقُ بينهما يرجعُ إلى حرفٍ واحدٍ وهو أنّ سِعايةَ المُدَبَّرِ مِلْكُ مولاه؛ لِكَوْنِ المُدبَّرِ مِلْكَه؛ إذِ الفائتُ بالتّدْبيرِ ليس إلاّ مَنْفَعةَ البيعِ، فكان الاستِسْعاءُ استيفاءَ الدَّيْنِ من مالِ المولَى، فلَه أنْ يَسْتَوْفيَه على التّمامِ والكَمالِ ولا يرجعُ بما يَسْعَى على المولَى؛ لأنّه قَضَى دَيْنَ المولى من مالِ المولى فكيفَ يرجعُ عليه؟ بخلافِ المُعْتَقِ؛ لأنّ سِعايةَ مِلْكِه على الخُصوصِ [٢]؛ لأنّه حُرٌّ خالصٌ إلاّ أنّه لَزِمَتْه السِّعايةُ لاستِخْراجِ مِلْكِ المُرْتَهِنِ من وجهِ المُحْتَبَسِ عندَه وهو مالٌ فتَتَقَدَّرُ السِّعايةُ بقدرِ الاحتِباس، ويرجعُ بالسِّعايةِ على المولى إذا كان مُعْسِرًا؛ لأنّه قَضَى دَيْنًا واجبًا عليه من مالِ نَفْسِه (مُضْطَرًّا فيَمْلِكُ) [٣] الرُّجوعَ في الشّرعِ على ما بَيَّنّا بخلافِ المُدبَّرِ، واللّه أعلمُ.

وعلى ما ذَكَرَه الكَرْخيُّ رحمه الله يَقَعُ الفرْقُ بينهما في موضِعٍ ثالِثٍ أيضًا: وهو أنّ المُدَبَّرَ يَسْعَى مع إيسارِ المولَى، والمُعْتَقَ لا يَسْعَى مع إيسارِه وقد بَيَّنّا وجهَ ذلك فيما تَقَدَّمَ.

هذا إذا أُعْتِقَ أو دُبِّرَ فأمّا إذا استوْلَدَ بأنْ كان الرَّهْنُ جاريةً فحَبِلَتْ عند المُرْتَهِنِ، فادَّعاه الرّاهنُ، (فدعوته لا تخلو) [٤] إمّا أنْ كانت قبلَ وضْعِ الحمْلِ وإمّا أنْ كانت بعدَه [٥]، فإنْ كانت قبلَ وضْعِ الحمْلِ، صَحّتْ دَعْوَتُه ويَثْبُتُ [٦] الولَدُ منه، وصارَتِ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له وخَرَجَتْ عن الرَّهْنِ.

---

(١) في المخطوط: «سعى». (٢) في المخطوط: «الخلوص».
(٣) في المخطوط: «على سبيل الاضطرار وهذا يطلق».
(٤) في المطبوع: «فدَعْواه لا يخلو». (٥) في المخطوط: «بعد وضعه».
(٦) في المخطوط: «ثبت نسب».

(أمّا) صِحّةُ الدَّعْوةِ؛ فلأنّ الجاريةَ مِلْكُه من كُلّ وجهٍ، [والمِلْكُ من وجهٍ يَكْفي لِصِحّةِ الدَّعْوةِ، فالمِلْكُ من كُلّ وجهٍ] [١] أولى، وثُبوتُ النّسَبِ حُكْمُ صِحّةِ الدَّعْوةِ [٣/ ٢٢١ب]، وصَيْرورةُ الجاريةِ أُمَّ ولَدٍ له حُكْمُ ثُبوتِ النّسَبِ، وخُروجُ الجاريةِ عن الرَّهْنِ حُكْمُ الاستيلادِ وهو صَيْرورَتُها أُمَّ ولَدٍ له؛ لأنّ أُمَّ الولَدِ لا تَصْلُحُ لِلرَّهْنِ.

ألا تَرَى أنّها لا تَصْلُحُ رَهْنًا ابْتِداءً، فكذا في حالِ [٢] البَقاءِ ولا سِعايةَ على الولَدِ؛ لأنّه صارَ حُرًّا قبلَ الوِلادةِ، فلم يدخلْ في الرَّهْنِ فلا يَثْبُتُ حُكْمُ الرَّهْنِ فيه.

(وأمّا) الجاريةُ فحُكْمُها حُكْمُ العبدِ المَرْهونِ إذا دَبَّرَه الرّاهنُ وقد بَيَّنّا ذلك كُلَّه وإنْ كانت الجاريةُ وضَعَتِ الحمْلَ ثم ادَّعَى الرّاهنُ الولَدَ، صَحَّتْ دَعْوَتُه وثَبَتَ النّسَبُ وصارَ حُرًّا، وصارَتِ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له وخَرَجَتْ من الرَّهْنِ؛ لِما ذَكَرْنا في الفصلِ الأوّلِ، إلاّ أنّ هنا صارَ الولَدُ حُرًّا بعدَما دَخَلَ في الرَّهْنِ، وصارَتْ له حِصّةٌ من الرَّهْنِ فيُقْسَمُ الدَّيْنُ عليهما على قدرِ قيمَتِهما، إلاّ أنّ قيمةَ الجاريةِ تُعْتَبَرُ يومَ الرَّهْنِ، وقيمةَ الولَدِ تُعْتَبَرُ يومَ الدَّعْوةِ، فيكونُ حُكْمُ الجاريةِ في حِصَّتِها [٣] من الدَّيْنِ حُكْمَ المُدَبَّرِ في جميعِ الدَّيْنِ وقد ذَكَرْنا ذلك وحُكْمُ الولَدِ في حِصَّتِه من الدَّيْنِ حُكْمُ المُعْتَقِ في جميعِ ما ذَكَرْنا وقد بَيَّنّا ذلك إلاّ أنّ هناك يُنْظَرُ إلى ثلاثةِ أشياءَ: إلى قيمةِ العبدِ وقتَ الرَّهْنِ، وإلى قيمَتِه وقتَ الإعتاقِ، وإلى الدَّيْنِ، فيَسْعَى [٤] في الأقَلِّ من الأشياءِ الثّلاثةِ، وهنا يُنْظَرُ فقَطْ إلى قيمةِ الولَدِ وقتَ الدَّعْوةِ وإلى حِصَّتِه من الدَّيْنِ، فيَسْعَى في أقَلِّهما إذا كان الرّاهنُ مُعْسِرًا، ويرجعُ بما سَعَى عليه والله أعلم.

فصل [في حكم اختلاف الراهن والمرتهن]

(وأمّا) حُكْمُ اختِلافِ الرّاهنِ والمُرْتَهِنِ والعَدْلِ فنَقولُ وباللّه التّوْفيقُ: إذا كان الدَّيْنُ ألفَ درهَمٍ، فاختَلَفَ الرّاهنُ والمُرْتَهِنُ في قدرِ المَرْهونِ به فقال الرّاهنُ: إنّه رُهِنَ بخمسِمِائةٍ، وقال المُرْتَهِنُ: بألفٍ فالقولُ قولُ الرّاهنِ مع يَمينِه؛ لأنّ المُرْتَهِنَ يَدَّعي على الرّاهنِ زيادةَ ضَمانٍ، وهو يُنْكِرُ، فكان القولُ قوله ولو أقاما البَيِّنةَ فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ المُرْتَهِنِ؛

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «حالة».
(٣) في المخطوط: «حصته».
(٤) في المخطوط: «فيستسعى».

لأنّها تُثْبِتُ زيادةَ ضَمانٍ.

ولو قال الراهن: رَهَنْتُه بجميعِ الدَّيْنِ الذي لك عَلَيَّ، وهو ألفٌ والرَّهْنُ يُساوي ألفًا، وقال المُرْتَهِنُ ارتَهَنْتُه بخمسِمِائةٍ والرَّهْنُ قائمٌ، فقد رويَ عن أبي حنيفةَ أنّ القولَ قولُ الرّاهنِ ويَتَحالَفانِ ويَترادّانِ؛ لأنّهما اختَلَفا في قدرِ ما وقَعَ عليه العقدُ وهو المَرْهونُ به، فأشبَهَ اختِلافَ البائعِ والمُشتري في مقدارِ الثّمَنِ، وهناك يَتَحالَفانِ ويَترادّانِ كذا هنا، فإنْ هَلك الرَّهْنُ قبلَ أنْ يَتَحالَفا، كان كما قال المُرْتَهِنُ؛ لأنّ الرّاهنَ يَدَّعي عليه زيادةَ ضَمانٍ، وهو يُنْكِرُ وإنِ اتَّفَقا على أنّ الرَّهْنَ كان بألفٍ واختَلَفا في قيمةِ الجاريةِ، فالقولُ قولُ المُرْتَهِنِ؛ لأنّ الرّاهنَ يَدَّعي عليه [زيادةَ] (١) ضَمانٍ، وهو يُنْكِرُ؛ ولِهذا كان القولُ قولَ الغاصِبِ في مقدارِ الضَّمانِ فكذا هذا.

ولو أقاما البَيِّنةَ، فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ الرّاهنِ؛ لأنّها تُثْبِتُ زيادةَ ضَمانٍ، وكذلك لو (كان الرَّهْنُ) (٢) ثوبَيْنِ هَلك أحدُهما فاختَلَفا في قيمةِ الهالِكِ أنّ القولَ قولُ المُرْتَهِنِ في قيمةِ الهالِكِ، والبَيِّنةَ بَيِّنةُ الرّاهنِ في زيادةِ القيمةِ؛ لِما قُلْنا، وكذلك لو اختَلَفا في قدرِ الرَّهْنِ فقال المُرْتَهِنُ: رَهَنْتَني هذَيْنِ الثَّوْبَيْنِ بألفِ درهَمٍ، وقال الرّاهنُ: رَهَنْتُ أحدَهما بعَيْنِه يُحَلَّفُ كُلُّ واحدٍ منهما على دَعْوَى صاحبه؛ لأنّهما اختَلَفا في قدرِ المَعْقودِ عليه وأنّه يوجِبُ التّحالُفَ كما في بابِ البيعِ.

ولو أقاما البَيِّنةَ فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ المُرْتَهِنِ، هَكذا ذُكِرَ في الأصلِ؛ لأنّها تُثْبِتُ زيادةَ ضَمانٍ.

ولو قال الراهن للمُرتَهِن: هَلك الرَّهْنُ في يَدِكَ، وقال المُرْتَهِنُ: قَبَضْتَه مِنّي بعدَ الرَّهْنِ فهَلك في يَدِكَ فالقولُ قولُ الرّاهنِ؛ لأنّهما اتَّفَقا على دُخولِه في الضَّمانِ، والمُرْتَهِنُ يَدَّعي البَراءةَ والرّاهنُ يُنْكِرُ (٣)، فكان القولُ قوله ولو أقامَ البَيِّنةَ فالبَيِّنةُ بينة الراهن أيضًا؛ لأنّها تُثْبِتُ استيفاءَ الدَّيْنِ وبَيِّنةُ المُرْتَهِنِ تَنْفي ذلك فالمُثْبِتةُ أولى.

ولو قال المُرتَهِن: هَلك في يَدِ الرّاهنِ قبلَ أنْ أقبِضَه، فالقولُ قولُه؛ لأنّ الرّاهنَ يَدَّعي دُخوله في الضَّمانِ وهو يُنْكِرُ، ولو أقاما البَيِّنةَ فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ الرّاهنِ؛ لأنّها تُثْبِتُ الضَّمانَ.

ولو كان الرَّهْنُ (٤) عبدًا فاعوَرَّ، فاختَلَفا فقال الرّاهنُ: كانت القيمةُ يومَ الرَّهْنِ ألفًا،

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «كانا».
(٣) في المخطوط: «ينكرها».
(٤) في المخطوط: «الراهن».

فذهبَ بالاعورارِ النِّصْفُ خمسُمِائةٍ، وقال المُرْتَهِنُ: لا [٣/ ٢٢٢أ]، بل كانت قيمَتُه يومَ الرَّهْنِ خمسَمِائةٍ وإنّما ازْدادَ بعدَ ذلك، فإنّما ذهبَ من حَقّي الرُّبُعُ مِائَتانِ وخمسونَ فالقولُ قولُ الرّاهنِ؛ لأنّه يُسْتَدَلُّ بالحالِ على الماضي فكان الظّاهرُ شاهدًا له.

وإنْ أقاما البَيِّنةَ فالبَيِّنةُ بَيِّنَتُه أيضًا؛ لأنّها تُثْبِتُ زيادةَ ضَمانٍ فكانت أولى بالقَبولِ.

ولو كان الدَّيْنُ مِائةً والرَّهْنُ في يَدِ عَدْلٍ فباعه، فاختَلَفا [١] فقال الرّاهنُ: باعه بمِائةٍ.

وقال المُرْتَهِنُ: بخمسينَ ودَفَعَ إلَيَّ، وصَدَّقَ العَدْلُ الرّاهنَ فالقولُ قولُ المُرْتَهِنِ مع يَمينِه؛ لأنّ المَرْهونَ خَرَجَ عن كونِه مضمونًا بنفسِه بخُروجِه عن كونِه رَهْنًا بالمَبيعِ [٢]، وتَحَوّلَ الضَّمانُ إلى الثّمَنِ، فالرّاهنُ يَدَّعي تَحَوُّلَ زيادةِ ضَمانٍ وهو يُنْكِرُ فكان القولُ قوله، كما إذا اختَلَفا في مقدارِ قيمةِ الرَّهْنِ بعدَ هَلاكِه.

ولو أقاما البَيِّنةَ فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ الرّاهنِ؛ لأنّها تُثْبِتُ زيادةَ ضَمانٍ وبَيِّنةُ المُرْتَهِنِ تَنْفي تلك الزّيادةَ فالمُثْبِتةُ أولى؛ لأنّ اتِّفاقَهما على الرَّهْنِ اتِّفاقٌ منهما على الدُّخولِ في الضَّمانِ، فالمُرْتَهِنُ بدَعْوَى البيعِ يَدَّعي خُروجَه عن الضَّمانِ وتَحَوُّلَ الضَّمانِ إلى الثّمَنِ، والرّاهنُ يُنْكِرُ فكان القولُ قوله مع يَمينِه.

وكذلك قال أبو حنيفةَ رضي الله عنه: إذا كان الرَّهْنُ مثلَ الدَّيْنِ في القيمةِ، والمُرْتَهِنُ مُسَلَّطٌ على بيعِه بأنِ ادَّعَى أنّه باعه بمثلِ الثّمَنِ وهو ألفٌ فالقولُ قولُه وإنْ قال: بعْتُه بتِسْعِمِائةٍ، لم يُقْبلْ قولُه فصارَ كأنّه ضاعَ، ولا يرجعُ على الرّاهنِ بالنُّقْصانِ إلى أنْ تَجيءَ بَيِّنَتُه أو يُصَدِّقَه؛ لِما ذَكَرْنا أنّه كان مضمونًا، فلا يُقْبَلُ قولُه في انتِقالِ الضَّمانِ وكذلك العَدْلُ إذا قال: بعْتُ بتِسْعِمِائةٍ، ولا يُعْلَمُ إلاّ بقولِه لم يَكُنْ على العَدْلِ إلاّ تِسْعُمِائةٍ (ويكونُ الرّاهنُ راهنًا) [٣] بما فيه، ولا يرجعُ المُرْتَهِنُ على الرّاهنِ بالمِائةِ الفاضِلةِ؛ لأنّ قولَ العَدْلِ مقبولٌ في بَراءةِ نَفْسِه، غيرُ مقبولٍ في إسقاطِ الضَّمانِ عن بعضِ ما تَعَلَّقَ به ولا في الرُّجوعِ على الرّاهنِ.

وذَكرَ في الأصلِ: إذا كان المُرْتَهِنُ مُسَلَّطًا على البيعِ فأقامَ بَيِّنةً أنّه باعه [٤] بتِسْعمائة، وأقامَ الرّاهنُ بَيِّنةً أنّه مات في يَدِ المُرْتَهِنِ أُخِذَ ببَيِّنةِ المُرْتَهِنِ.

---

(١) في المخطوط: «فاختلفوا».

(٢) في المخطوط: «بالبيع».

(٣) في المخطوط: «ويصير الرهن ذاهبًا».

(٤) في المخطوط: «باع».

وقال ابو يوسف: يُؤخَذُ ببيِّنةِ الرّاهنِ وجه قولِه أنّ بَيِّنةَ الرّاهنِ تُثْبِتُ زيادةَ ضَمانٍ بنَفْيِها بَيِّنةَ المُرْتَهِنِ، فكانت المُثْبِتةُ أولى.

(وجه) رِوايةِ الأصلِ أنّ بَيِّنةَ المُرْتَهِنِ تُثْبِتُ أمرًا لم يَكُنْ وهو تَحَوُّلُ الضَّمانِ من العَيْنِ إلى الثّمَنِ، وبَيِّنةُ الرّاهنِ تُقَرِّرُ ضَمانًا كان ثابِتًا قبلَ الموتِ، فكانت المُثْبِتةُ أولى واللّه تعالى أعلمُ.

* * *

كتاب المزارعة



كتاب المزارعة

الكَلامُ في هذا الكِتابِ في مَواضِعَ:

في بيان معنى المُزارَعةِ لُغةً وشرعًا.

وفي بيانِ شرعيَّتِها [(١)].

وفي بيانِ رُكْنِ المُزارَعةِ.

وفي بيانِ الشَّرائطِ المُصَحِّحةِ لِلرُّكْنِ (على قولِ مَنْ يُجيزُ المُزارَعةَ، والشَّرائطِ المُفْسِدةِ لها) [(٢)].

وفي بيانِ حُكْمِ المُزارَعةِ الصَّحيحةِ.

وفي بيانِ حُكْمِ المُزارَعةِ الفاسدةِ.

وفي بيانِ (المَعاني التي هي) [(٣)] عُذْرٌ في فسخِ المُزارَعةِ.

وفي بيانِ (الذي يَنْفَسِخُ به عقدُ المُزارَعةِ بعدَ وُجودِها) [(٤)].

(وفي بيانِ حُكْمِ المُزارَعةِ المُنْفَسِخةِ) [(٥)].

(أمّا) الأوّلُ فالمُزارَعةُ في اللُّغةَ: مُفاعَلةٌ من الزَّرْعِ، وهو الإنْباتُ، [والإنْباتُ] [(٦)] المُضافُ إلى العبدِ مُباشَرةً فعلٌ أجرَى الله - سبحانه وتعالى - العادةَ بحُصولِ النّباتِ عَقيبَه لا بتَخْليقِه وإيجادِه، وفي عُرْفِ الشّرعِ: عِبارةٌ عن العقدِ على المُزارَعةِ ببعضِ الخارجِ بشَرائطِه [(٧)] الموضوعةِ له شرعًا.

فإنْ قيلَ: باب المُزارَعةُ من بابِ المُفاعَلةِ، فيَقْتَضي وُجودَ الفعلِ من اثنيْنِ، كالمُقابَلةِ والمُضارَبةِ ونحوِهما، وفعلُ الزَّرْعِ يوجَدُ من العامِلِ دونَ غيرِه بدَليلِ أنّه يُسَمَّى هو مُزارِعًا

---

(١) في المخطوط: «أنها مشروعة أم لا».

(٢) في المخطوط: «والمفسدة له».

(٣) في المخطوط: «ما هو».

(٤) في المخطوط: «ما يبطل به عقد المزارعة».

(٥) في المخطوط: «وفي حكمه إذا بطل».

(٦) ليست في المخطوط.

(٧) في المخطوط: «وشرائطه».

دونَ رَبِّ الأرضِ والبَذْرِ ومَنْ لا عملَ [له] [١] من جِهَتِه، فكيفَ يُسَمَّى [٢] هذا العقدُ مُزارَعةً؟

فالجوابُ عنه من وجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّ المُفاعَلةَ جازَ أنْ تُسْتَعْمَلَ فيما لا يوجَدُ الفعلُ إلاّ من واحدٍ، كالمُداواةِ والمُعالَجةِ، (وإنْ كان) [٣] الفعلُ لا يوجَدُ إلاّ من الطَّبيبِ والمُعالِجِ، وقال الله - تعالى عَزَّ شَأنُه -: ﴿قَـٰتَلَهُمُ ٱللَّهُ أَنَّىٰ يُؤْفَكُونَ﴾ [التوبة: ٣٠] ولا أحدَ يَقْصِدُ مُقاتَلةَ الله - عَزَّ شَأنُه - فكذلك المُزارَعةُ جازَ أنْ تكونَ كذلك.

والثاني: إنْ كان أصلُ البابِ ما ذُكِرَ فقد وُجِدَ الفعلُ هنا من اثنيْنِ؛ لأنّ المُزارَعةَ مُفاعَلةٌ من الزَّرْعِ، والزَّرْعُ هو الإنْباتُ [٣/ ٢٢٢ب] لُغةً وشرعًا، والإنْباتُ المُتَصَوَّرُ من العبدِ هو التّسْبيبُ لِحُصولِ النّباتِ، وفعلُ التّسْبيبِ يوجَدُ [٤] من كُلِّ واحدٍ منهما إلاّ أنّ التّسْبيبَ من أحدِهما بالعملِ ومن الآخَرِ بالتّمكينِ من العملِ بإعطاءِ الآلاتِ والأسْبابِ التي لا يَحْصُلُ العملُ بدونِها عادةً، فكان كُلُّ واحدٍ منهما مُزارِعًا حَقيقةً؛ لِوُجودِ فعلِ الزَّرْعِ منه بطريقِ التّسْبيبِ إلاّ أنّه اختُصَّ العامِلُ بهذا الاسمِ في العُرْفِ، ومثلُ هذا جائزٌ، كاسمِ الدّابّةِ ونحوِه [٥] على ما عُرِفَ في أُصولِ الفِقْه.

فصل [في بيان شرعية المزارعة]

وَأمّا شرعيّةُ المُزارَعةِ فقد اختُلِفَ فيها قال أبو حنيفةَ - رحمه الله -: إنّها غيرُ مشروعةٍ [٦]، وبه أخذ الشّافعيُّ - رحمه الله [٧].

وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ - رحمهما الله - إنّها مشروعةٌ.

(وجه) قولِهما ما رُوِيَ أنّ رَسُولَ الله ﷺ دَفَعَ نَخْلَ خَيْبَرَ مُعامَلةً، وأرضَها مُزارَعةً،

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «سمى».
(٣) في المخطوط: «مع أن».
(٤) في المخطوط: «وجد».
(٥) في المخطوط: «ونحو ذلك».
(٦) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوى ص (١٣٤)، المبسوط (٢٣/ ٩، ١٦).
(٧) وفي بيان مذهب الشافعية أن المساقاة لا تجوز إلا في النخل والكَرْم ولا تجوز المزارعة بالثلث إلا في الأرض البيضاء التي بين النخل التي تشترك مع النخل في السقي، انظر: الأم (٤/ ١١).

وأدْنَى درَجاتِ فعلِه عليه الصلاة والسلام الجوازُ، وكذا هي شريعةٌ مُتَوارَثةٌ لِتَعامُلِ السَّلَفِ [والخلَفِ] (١) ذلك من غيرِ إنْكارٍ.

(وجه) قولِ أبي حنيفةَ أنّ عقدَ المُزارَعةِ عقدُ استئجارٍ ببعضِ الخارِجِ، وإنّه مَنْهيٌّ عنه بالنّصِّ والمَعْقولِ.

(أمّا) النّصُّ فما رُوِيَ عن رَسُولِ الله ﷺ أنه قال لِرافعِ بنِ خَدِيج فِي حائطٍ: «لا تستَأجِره بشيءٍ منه» (٢) ورُوِيَ عن رَسُولِ الله ﷺ أنه نَهَى عن قَفِيزِ الطَّحّانِ (٣)، والاستئجارُ ببعضِ الخارِجِ في مَعْناه (٤)، والمَنْهيُّ غيرُ مشروعٍ.

(وأمّا) المَعْقولُ فهو أنّ الاستئجارَ ببعضِ الخارِجِ من النِّصْفِ والثُّلُثِ والرُّبُعِ ونحوِه استئجارٌ ببَدَلٍ مجهولٍ، وإنّه لا يجوزُ كما في الإجارةِ، وبه تَبَيَّنَ أنّ حَديثَ خَيْبَرَ مَحْمولٌ على الجِزْيةِ دونَ المُزارَعةِ صيانةً لِدَلائلِ الشّرعِ عن التّناقُضِ، والدَّليلُ على أنّه لا يُمْكِنُ حَمْلُه على المُزارَعةِ أنّه ﷺ قال فِيه: «أُقِرُّكُم ما أقَرَّكُم اللّه» (٥)، وهذا منه عليه الصلاة والسلام تَجْهيلُ المُدّةِ، وجَهالةُ المُدّةِ تمنَعُ صِحّةَ المُزارَعةِ بلا خلافٍ بَقِيَ تَرْكُ الإنْكارِ على التّعامُلِ، وذا يحتملُ أنْ يكونَ للجوازِ، ويحتملُ أنْ يكونَ لِكَوْنِه مَحَلَّ الاجتِهادِ، فلا يَدُلُّ على الجوازِ مع الاحتِمالِ.

فصْلٌ [في ركن المزارعة]

وَأمّا رُكْنُ المُزارَعةِ فهو الإيجابُ والقَبولُ، وهو أنْ يقولَ صاحبُ الأرضِ للعامِلِ: دَفَعْتُ إليكَ هذِه الأرضَ مُزارَعةً بكذا، ويقولَ العامِلُ: قَبِلْتُ أو رَضيتُ أو ما يَدُلُّ على قَبولِه ورِضاه فإذا وُجِدا تَمَّ العقدُ بينهما.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (٤/ ٢٦٣)، برقم (٤٣٥٤) من حديث رافع بن خديج رضي الله عنه.
(٣) صحيح: أخرجه الدارقطني (٣/ ٤٧)، برقم (١٩٥)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٣٣٩)، برقم (١٠٦٣٦) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، انظر إرواء الغليل للألباني، رقم (١٤٧٦).
(٤) في المخطوط: «معنى قفيز الطحان».
(٥) أخرجه البخاري، كتاب: الشروط، باب: إذا اشترط في المزارعة، برقم (٢٧٣٠) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

فصل [في شرائط المزارعة]

وَأَمّا الشَّرائطُ فهي في الأصلِ نوعانِ: شَرائطُ مُصَحِّحةٌ للعقدِ على قولِ مَنْ يُجيزُ المُزارَعةَ، وشَرائطُ مُفْسِدةٌ له.

-(أما) **المصححة فأنواع:** بعضُها يرجعُ إلى المُزارِعِ، وبعضُها يرجعُ إلى الزَّرْعِ وبعضُها يرجعُ إلى ما عَقَدَ عليه المُزارَعةَ وبعضُها يرجعُ إلى الآلةِ للمُزارَعةِ وبعضُها إلى الخارجِ من الزرعِ، وبعضُها يرجعُ إلى المَزْروعِ فيه، وبعضُها يرجعُ إلى مُدّةِ المُزارَعةِ.

(أمّا) الذي يرجعُ إلى المُزارِعِ فنوعانِ: الأوّلُ: أنْ يكونَ عاقِلاً فلا تَصِحُّ مُزارَعةُ المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يَعْقِلُ المُزارَعةَ دَفْعًا واحدًا؛ لأنّ العَقْلَ شرطُ أهليّةِ التّصرُّفاتِ.

(وأمّا) البلوغُ فليس بشرطٍ لِجوازِ المُزارَعةِ حتى تَجوزَ مُزارَعةُ الصّبيِّ المَأذونِ دَفْعًا واحدًا؛ لأنّ المُزارَعةَ استئجارٌ ببعضِ الخارجِ، والصّبيُّ المَأذونُ يَمْلِكُ الإجارةَ؛ لأنّها تِجارةٌ فيَمْلِكُ المُزارَعةَ، وكذلك الحُرّيّةُ ليستْ بشرطٍ لِصِحّةِ المُزارَعةِ فتَصِحُّ المُزارَعةُ من العبدِ المَأذونِ دَفْعًا واحدًا لِما ذَكَرْنا في الصّبيِّ المَأذونِ.

والثاني: أنْ لا يكونَ مُرْتَدًّا على قياس قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله في قياس قولِ مَنْ أجازَ المُزارَعةَ، فلا تَنْفُذُ مُزارَعَته للحالِ، بل هي موقوفةٌ وعندَهما هذا ليس بشرطٍ لِجوازِ المُزارَعةِ، ومُزارَعةُ المُرْتَدِّ نافِذةٌ للحالِ.

بيانُ ذلك أنّه إذا دَفَعَ المُرْتَدُّ أرضًا إلى رجلٍ مُزارَعةً بالنِّصْفِ أو بالثُّلُثِ أو بالرُّبُعِ فعَمِلَ الرّجلُ وأخْرَجَتِ الأرضُ زَرْعًا ثم قُتِلَ المُرْتَدُّ أو مات على الرِّدّةِ أو لَحِقَ بدارِ الحرْبِ، وقُضِيَ بلَحاقِه بدارِ الحرْبِ، فهذا على وجهَيْنِ: (١) إمّا أنْ دَفَعَ الأرضَ والبَذْرَ جميعًا مُزارَعةً أو دَفَعَ الأرضَ دونَ البَذْرِ، فإنْ [٣/ ٢٢٣أ] دَفَعَهما جميعًا مُزارَعةً فالخارجُ كُلُّه للمُزارِعِ، ولا شيءَ لِوَرَثةِ المُرْتَدِّ؛ لأنّ مُزارَعَته كانت موقوفةً فإذا مات أو لَحِقَ بدارِ الحرْبِ تَبيَّنَ أنّه لم يَصِحَّ أصلاً، فصارَ كأنّ العامِلَ زَرَعَ (٢) أرضَه ببَذْرٍ، مَغْصوبٍ ومَنْ غَصَبَ من آخَرَ [حَبًّا] (٣) وبَذَرَ به أرضَه فأخْرَجَتْ كان الخارجُ له دونَ صاحبِ البَذْرِ،

---

(١) زاد في المخطوط: «أحدهما».
(٢) في المخطوط: «بذر».
(٣) ليست في المخطوط.

وعلى العامِلِ مثلُ ذلك البَذْرِ؛ لأنّه مَغْصوبٌ استَهْلكه، وله مثلُه [١] فيَلْزَمُه مثلُه.

ثم يُنْظَرُ إنْ كانت الأرضُ نَقَصَتْها المُزارَعةُ فعليه ضَمانُ النُّقْصانِ؛ لأنّه أتْلَفَ مالَ الغيرِ بغيرِ إذنِه فيجبُ عليه الضَّمانُ، ويَتَصَدَّقُ بما وراءَ قدرِ البَذْرِ ونُقْصانِ الأرضِ [٢]؛ لأنّه حَصَلَ بسببٍ خَبيثٍ فكان سَبيلُه التّصَدُّقَ، وإنْ كان [لم يَنْقُصْها المُزارَعةُ] [٣] فلا ضَمانَ عليه؛ لانعِدامِ الإتْلافِ، وإنْ أسْلَمَ فالخارِجُ بينهما على الشّرطِ سَواءٌ أسْلَمَ قبلَ أنْ يَسْتَحْصِدَ الزَّرْعُ أو بعدَما استَحْصَدَ؛ لأنه لَمّا أسْلَمَ تَبَيَّنَ أنّ المُزارَعةَ وقَعَتْ صَحيحةً، وعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ الخارِجُ على الشّرطِ كيْفَ ما كان؛ لأنّ تَصَرُّفاتِ المُرْتَدِّ نافِذةٌ عندَهما بمنزِلةِ تَصَرُّفاتِ المسلمِ، فتكونُ حِصَّتُه له فإنْ مات أو لَحِقَ بدارِ الحرْبِ يكونُ لِوَرَثَتِه.

وإنْ دَفَعَ إليه الأرضَ دونَ البَذْرِ فالخارِجُ له أيضًا؛ لأنّه لَمّا ظَهَرَ أنّه لَمّا لم تَصِحَّ المُزارَعةُ صارَ كأنّه غَصَبَ أرضًا وبَذَرَها ببَذْرِ نفسِه، فأخْرَجَتْ ولو كان كذلك كان الخارِجُ له كذا هذا [٤] إلاّ أنّه يَأخُذُ من ذلك قدرَ بَذْرِه ونَفَقَتِه وضَمانِ النُّقْصانِ إنْ كانت المُزارَعةُ نَقَصَتْها ويَتَصَدَّقُ بالفضْلِ لِما ذَكَرْنا.

وإنْ كانت لم تَنْقُصْها، فقياسُ قولِ أبي حنيفةَ - رحمه الله - على قياس قولِ مَنْ أجازَ المُزارَعةَ أنْ يكونَ الخارِجُ كُلُّه للعامِلِ، ولا يَلْزَمُه نُقْصانُ الأرضِ ولا غيرُه.

وفي الاستحسانِ: الخارِجُ بين العامِلِ وبين ورَثةِ المُرْتَدِّ على الشّرطِ.

(وجه) القياس ما ذَكَرْنا أنّه يَصيرُ بمنزِلةِ الغاصِبِ، ومَنْ غَصَبَ من آخَرَ أرضًا فزرَعَها ببَذْرِ نفسِه، ولم تَنْقُصْها الزِّراعةُ كان الخارِجُ كُلُّه له، ولا يَلْزَمُه شيءٌ كذا هذا.

(وجه) الاستحسانِ أنّ انعِدامَ [صِحّةِ] [٥] تَصَرُّفِ المُرْتَدِّ بعدَ الموتِ واللَّحاقِ ليس لِمَكانِ انعِدامِ أهليّتِه؛ لأنّ الرِّدّةَ لا تُنافي انعِدامَ [٦] الأهليّةِ بل لِتَعَلُّقِ حَقِّ ورَثَتِه بمالِه لِوُجودِ أمارةِ الاستِغْناءِ بالرِّدّةِ؛ لأنّ الظّاهرَ أنّه لا يُسْلِمُ بل يُقْتَلُ أو يَلْحَقُ بدارِ الحرْبِ فيَسْتَغْني عن مالِه فيَثْبُتُ [٧] التّعَلُّقُ نَظَرًا لهم، ونَظَرُهم هنا في تَصْحيحِ التّصرُّفِ لا في

---

(١) في المخطوط: «مثل».
(٢) في المخطوط: «الأجر».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «ههنا».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «عماد».
(٧) في المخطوط: «فثبت».

إبطالِه ليَصِلَ إليهم شيءٌ فأشبَهَ العبدَ المَحْجورَ، إذا آجَرَ نفسَه، وسَلِمَ من العملِ أنّه لا يَبْطُلُ تَصَرُّفُه بل يُصَحَّحُ حتى [(١)] تَجِبَ الأُجْرةُ؛ لأنّ الحُكْمَ ببُطْلانِ تَصَرُّفِه لِنَظَرِ المولَى، ونَظَرُه ههنا في التّصْحيحِ دونَ الإبْطالِ كذا هذا.

وإذا أسْلَمَ المُرْتَدُّ فالخارِجُ على الشّرطِ سَواءٌ أسْلَمَ قبلَ انقِضاءِ المُزارَعةِ أو بعدَ انقِضائها نَقَصَتِ الزِّراعةُ [(٢)] الأرضَ أو لم تَنْقُصْها، كما ذَكَرْنا في الوجه الأوّلِ.

وعلى قولِهما: الخارِجُ على الشّرطِ كيْفَ ما كان أسْلَمَ أو قُتِلَ أو لَحِقَ؛ لأنّ تَصَرُّفاتِه نافِذةٌ بمنزِلةِ تَصَرُّفاتِ المسلمِ.

هذا إذا دَفَعَ مُرْتَدٌّ أرضَه مُزارَعةً إلى مسلمٍ أمّا إذا دَفَعَ مسلمٌ أرضَه مُزارَعةً إلى مُرْتَدٍّ فهذا على وجهَيْنِ: أيضًا: إمّا أنْ دَفَعَ الأرضَ والبَذْرَ جميعًا أو دَفَعَ الأرضَ دونَ البَذْرِ، فإنْ دَفَعَهما جميعًا مُزارَعةً فعَمِلَ المُرْتَدُّ فأخْرَجَتِ الأرضُ زَرْعًا كثيرًا ثم قُتِلَ المُرْتَدُّ أو مات أو لَحِقَ بدارِ الحرْبِ فالخارِجُ كُلُّه بين المسلمِ وبين ورَثةِ المُرْتَدِّ على الشّرطِ بلا خلافٍ؛ لأنّ انعِدامَ صِحّةِ تَصَرُّفِ المُرْتَدِّ لا لِعَيْنِ رِدَّتِه بل لِتَضَمُّنِه إبطالَ حَقِّ الورَثةِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهم بمالِه على ما مَرَّ، وعملُ المُرْتَدِّ ههنا ليس تَصَرُّفًا في مالِه بل على نفسِه بإيفاءِ المنافعِ، ولا حَقَّ لِوَرَثَتِه في نفسِه فصَحَّتِ المُزارَعةُ [(٣)] فكان الخارِجُ على الشّرطِ المذكورِ.

وإنْ دَفَعَ الأرضَ دونَ البَذْرِ فعَمِلَ المُرْتَدُّ [ببَذْرِه] [(٤)] وأخْرَجَتِ الأرضُ زَرْعًا ففي قياس قولِ أبي حنيفةَ على قياس قولِ مَنْ أجازَ المُزارَعةَ أنّ الخارِجَ كُلَّه لِوَرَثةِ المُرْتَدِّ، ولا يجبُ نُقْصانُ الأرضِ؛ لأنّ عندَه تَصَرُّفاتِ المُرْتَدِّ موقوفةٌ غيرُ نافِذةٍ للحالِ فلم تَنْفُذْ مُزارَعَتُه فكان الخارِجُ [٣/ ٢٢٣ب] حادِثًا على مِلْكِه لِكَوْنِه نَماءَ مِلْكِه فكان لِوَرَثَتِه.

وفيه إشْكالٌ وهو أنّ هذا الخارِجَ من أكسابِ رِدَّتِه، وكَسْبُ الرِّدّةِ فيْءٌ عند أبي حنيفةَ، فكيفَ يكونُ لِوَرَثَتِه؟

-**(والجوابُ):** أنّه حينَ بَذَرَ كان حَقُّ الورَثةِ مُتَعَلِّقًا بالبَذْرِ؛ لِما مَرَّ من قبلُ، فالحاصِلُ منه يَحْدُثُ على مِلْكِهم فلا يكونُ كسْبَ الرِّدّةِ، ولا يجبُ نُقْصانُ الأرضِ؛ لأنّ ضَمانَ

---

(١) في المخطوط: «و».
(٢) في المخطوط: «المزارعة».
(٣) في المخطوط: «مزارعته».
(٤) ليست في المخطوط.

النُّقْصانِ يَعْتَمِدُ إتْلافَ (مالِ الغيرِ بغيرِ إذنِه) [١]، ولم يوجَدْ؛ إذِ المُزارَعةُ حَصَلَتْ بإذنِ المالِكِ.

وعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ الخارجُ على الشّرطِ كما إذا كان مسلمًا؛ لِما ذَكَرْنا، وإنْ أسْلَمَ.فالخارجُ على الشّرطِ بلا خلافٍ سَواءٌ أسْلَمَ قبلَ أنْ يَسْتَحْصِدَ الزَّرْعُ أو بعدَما استَحْصَدَ؛ لِما ذَكَرْنا.

هذا إذا كانت المُزارَعةُ بين مُرْتَدٍّ ومسلمٍ (فأمّا) إذا كانت بين مسلمَيْنِ ثم ارتَدّا أو ارتَدَّ أحدُهما فالخارجُ على الشّرطِ بلا خلافٍ؛ لأنّه لَمّا كان مسلمًا وقتَ العقدِ صَحَّ التّصرُّفُ فاعتِراضُ الرِّدّةِ عليه بعدَ ذلك لا تُبْطِلُه وأمّا المُرْتَدّةُ فتَصِحُّ مُزارَعَتُها دَفْعًا وأخذًا بالإجماعِ؛ لأنّ تَصَرُّفاتِها نافِذةٌ بمنزِلةِ تَصَرُّفاتِ المسلمةِ فتَصِحُّ المُزارَعةُ منها دَفْعًا وأخذا بمنزِلةِ مُزارَعةِ المسلمةِ.

فصل [فيما يرجع إلى الزرع]

وَأمّا الذي يرجعُ إلى الزَّرْعِ: فنوعٌ واحدٌ، وهو أنْ يكونَ مَعْلومًا بأنْ بَيَّنَ ما يَزْرَعُ؛ لأنّ حالَ المَزْروعِ [٢] يختَلِفُ باختِلافِ الزَّرْعِ بالزّيادةِ والنُّقْصانِ فرُبَّ زَرْعٍ يَزيدُ في الأرضِ، ورُبَّ زَرْعٍ يَنْقُصُها، وقد يَقِلُّ النُّقْصانُ، وقد يَكْثُرُ فلا بُدَّ من البيانِ؛ ليكونَ لُزومُ الضَّرَرِ مُضافًا إلى التِزامِه إلاّ إذا قال له: ازْرَعْ فيها ما شِئْتَ، فيجوزُ له أنْ يَزْرَعَ فيها ما شاء؛ لأنّه لَمّا فوّضَ الأمرَ إليه فقد رَضيَ بالضَّرَرِ إلاّ أنّه لا يَمْلِكُ الغَرْسَ؛ لأنّ الدّاخِلَ تَحْتَ العقدِ الزَّرْعُ دونَ الغَرْسِ.

فصل

وَأمّا الذي يرجعُ إلى المَزْروعِ [٣]: فهو أنْ يكونَ قابِلاً لِعملِ الزِّراعةِ، وهو أنْ يُؤَثِّرَ فيه العملُ بالزّيادةِ بمجرَى العادةِ؛ لأنّ ما لا يُؤَثِّرُ فيه العملُ بالزّيادةِ عادةً لا يَتَحَقَّقُ فيه عملُ الزِّراعةِ حتى لو دَفَعَ أرضًا فيها زَرْعٌ قد استَحْصَدَ مُزارَعةً لم يجُزْ كذا قالوا؛ لأنّ الزَّرْعَ إذا

---

(١) في المخطوط: «العين».

(٢) زاد في المخطوط: «فيه».

(٣) في المخطوط: «الزرع».

استَحْصَدَ لا يُؤَثِّرُ فيه عملُ الزِّراعةِ بالزِّيادةِ، فلا يكونُ قابِلًا لِعملِ الزِّراعةِ.

فصل [فيما يرجع إلى الخارج من الزرع]

وَأمّا الذي يرجعُ إلى الخارجِ من الزَّرْعِ فأنْواعٌ:

-(منها): أنْ يكونَ مذكورًا في العقدِ حتى لو سَكَتَ عنه فسَدَ العقدُ؛ لأنّ المُزارَعةَ استئجارٌ، والسُّكوتُ عن ذِكْرِ الأُجْرةِ يُفْسِدُ الإجارةَ.

-(ومنها): أنْ يكونَ لهما حتى لو شَرَطا أنْ يكونَ الخارجُ لأحدِهما يَفْسُدُ العقدُ؛ لأنّ معنى الشَّرِكةِ لازِمٌ لِهذا [1] العقدِ، وكُلُّ شرطٍ يكونُ قاطِعًا لِلشَّرِكةِ يكونُ مُفْسِدًا للعقدِ.

-(ومنها): أنْ تكونَ حِصّةُ كُلِّ واحدٍ من المُزارِعَيْنِ بعضَ الخارِجِ حتى لو شَرَطا أنْ يكونَ من غيرِه لا يَصِحُّ العقدُ؛ لأنّ المُزارَعةَ استئجارٌ ببعضِ الخارِجِ به تَنْفَصِلُ عن الإجارةِ المُطْلَقةِ.

-(ومنها): أنْ يكونَ ذلك البعضُ من الخارجِ مَعْلومَ القدرِ من النِّصْفِ والثُّلُثِ والرُّبُعِ ونحوِه؛ لأنّ تَرْكَ التَّقْديرِ يُؤَدّي إلى الجهالةِ المُفْضيةِ إلى المُنازَعةِ؛ ولِهذا شُرِطَ بيانُ مقدارِ الأُجْرةِ في الإجاراتِ كذا هذا.

-(ومنها): أنْ يكونَ جُزْءًا شائعًا من الجُمْلةِ حتى لو شَرَطَ لأحدِهما قُفْزانًا مَعْلومةً [2] لا يَصِحُّ العقدُ؛ لأنّ المُزارَعةَ فيها معنى الإجارةِ، والشَّرِكةُ تَنْعَقِدُ إجارةً ثم تَتِمُّ شَرِكةً.

(أمّا) معنى الإجارةِ فلأنّ الإجارةَ تمليكُ المَنْفَعةِ بعِوَضٍ، والمُزارَعةُ كذلك؛ لأنّ البَذْرَ إنْ كان من رَبِّ الأرضِ، فالعامِلُ يَمْلِكُ مَنْفَعةَ نفسِه من رَبِّ الأرضِ بعِوَضٍ، وهو نَماءُ بَذْرِه، وإنْ كان البَذْرُ من قِبَلِ العامِلِ فرَبُّ الأرضِ يَمْلِكُ مَنْفَعةَ أرضِه من العامِلِ بعِوَضٍ هو نَماءُ بَذْرِه، فكانت المُزارَعةُ استئجارًا، إمّا للعامِلِ، وإمّا للأرضِ، لَكِنْ ببعضِ الخارِجِ.

وأمّا معنى الشَّرِكةِ فلأنّ الخارجَ يكونُ مُشترَكًا بينهما على الشَّرطِ المذكورِ، وإذا ثَبَتَ أنّ معنى الإجارةِ والشَّرِكةِ لازِمٌ لِهذا [3] العقدِ فاشْتِراطُ قدرٍ [4] مَعْلومٍ من الخارِجِ يَنْفي

(١) في المخطوط: «هذا».
(٢) في المخطوط: «مسماة».
(٣) في المخطوط: «هذا».
(٤) في المخطوط: «جزء».

لُزومَ معنى الشَّرِكةِ لاحتِمالِ أنّ الأرضَ لا تُخْرِجُ زيادةً على القدرِ المَعْلوم؛ ولِهذا إذا شُرِطَ في المُضارَبةِ سَهْمٌ مَعْلومٌ من الرِّبْحِ [٣/ ٢٢٤أ] لا يَصِحُّ كذا هذا.

وكذا إذا ذَكَرَ [١] جُزْءًا شائعًا، وشَرَطَ معه زيادةَ أقفِزةٍ مَعْلومةٍ أنّه لا يَصِحُّ لِما قُلْنا، وعلى هذا إذا شَرَطَ أحدُهما البَذْرَ لِنفسِه، وأنْ يكونَ الباقي بينهما لا تَصِحُّ المُزارَعةُ؛ لِجوازِ أنْ لا تُخْرِجَ الأرضُ إلاّ قدرَ البَذْرِ، فيكونَ كُلُّ الخارجِ له فلا يوجَدُ معنى الشَّرِكةِ، ولأنّ هذا في الحقيقةِ شَرَطَ قدرَ البَذْرِ أنْ يكونَ له لا عَيْنُ البَذْرِ؛ لأنّ عَيْنَه تَهْلِكُ في التُّرابِ، وذا لا يَصِحُّ؛ لِما ذَكَرْنا، وهذا بخلافِ المُضارَبةِ؛ لأنّ قدرَ رَأسِ المالِ يُرْفَعُ، ويُقْسَمُ الباقي على الشّرطِ؛ لأنّ المُضارَبةَ تَقْتَضي الشَّرِكةَ في الرِّبْحِ [لا في غيرِه، ودَفْعُ رَأسِ المالِ لانعِدامِ معنى الشَّرِكةِ في الرِّبْحِ] [٢].

(فأمّا) المُزارَعةُ فتَقْتَضي الشَّرِكةَ في كُلِّ الخارجِ، واشْتِراطُ قدرٍ مَعْلومٍ من الخارجِ يَمْنَعُ تَحقُّقَ الشَّرِكةِ في كُلِّه، فهو الفرْقُ بين الفصلينِ، وكذا إذا شَرَطا ما على الماذياناتِ [٣] والسَّواقي لا يَصِحُّ العقدُ؛ لأنّ ما على الماذياناتِ والسَّواقي [شيء] [٤] مَعْلومٌ، فشرطُه يَمْنَعُ لُزومَ الشَّرِكةِ في العقدِ، وقد رويَ أنّهم كانوا يَشترِطونَ في عقدِ المُزارَعةِ لأحدِهما ما على الماذياناتِ والسَّواقي، فلَمّا بُعِثَ النّبيُّ المُكرَّمُ - عليه أفضَلُ التّحيّةِ - أبطَلَه.

فصل [فيما يرجع إلى المزروع فيه]

وَأمّا الذي يرجعُ إلى المَزْروعِ فيه، وهو الأرضُ فأنْواعٌ:

-(منها): أنْ تكونَ صالِحةً لِلزِّراعةِ حتى لو كانت سَبِخةً أو نَزّةً [٥] لا يجوزُ العقدُ؛ لأنّ المُزارَعةَ عقدُ استئجارٍ لَكِنْ ببعضِ الخارجِ، والأرضُ السَّبِخةُ والنّزّةُ لا تَجوزُ إجارَتُها، فلا تَجوزُ مُزارَعَتُها.

(فأمّا) إذا كانت صالِحةً لِلزّراعةِ في المُدّةِ لَكِنْ لا تُمْكِنُ زِراعَتُها وقتَ العقدِ لِعارِضٍ

(١) في المخطوط: «شرط».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) الماذيان: ما يجتمع فيه السيل ثم يسقى منه الأرض وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول. انظر: المغرب (٢/ ٢٦٢).
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) النز: ما يتحلب من الأرض من الماء. انظر مختار الصحاح (١/ ٢٧٢).

من انقِطاعِ الماءِ وزَمانِ الشِّتاءِ ونحوِه من العَوارِضِ التي هي على شَرَفِ الزَّوالِ في المُدّةِ تَجوزُ مُزارَعَتُها، كما تَجوزُ إجارَتُها.

-(ومنها): أنْ تكونَ مَعْلومةً، فإنْ كانت مجهولةً لا تَصِحُّ المُزارَعةُ؛ لأنّها تُؤَدّي إلى المُنازَعةِ ولو دَفَعَ الأرضَ مُزارَعةً على أنّ ما (يَزْرَعُ فيها) [1] حِنْطةً فكذا، وما (يَزْرَعُ فيها) [2] شَعيرًا فكذا يَفْسُدُ العقدُ؛ لأنّ المَزْروعَ فيه مجهولٌ؛ لأنّ كلِمةَ «من» لِلتَّبْعيضِ فيَقَعُ على بعضِ الأرضِ، وإنّه غيرُ مَعْلومٍ.

وكذا لو قال: على أنْ يَزْرَعَ بعضَها حِنْطةً وبعضَها شَعيرًا؛ لأنّ التّنْصيصَ على التّبْعيضِ تَنْصيصٌ على التّجْهيلِ.

ولو قال: على أنّ ما زَرَعْتَ فيها حِنْطةً فكذا، وما زَرَعْتَ فيها شَعيرًا فكذا جازَ؛ لأنّه جعل الأرضَ كُلَّها ظَرْفًا لِزَرْعِ الحِنْطةِ أو لِزَرْعِ الشَّعيرِ؛ فانعَدَمَ التّجْهيلُ ولو قال: على أنّ ما زرع فيها [3] بغيرِ كِرابٍ، فكذا ذَكَرَ في الأصلِ أنّه جائزٌ، وهذا مُشْكِلٌ؛ لأنّ المَزْروعَ فيه من الأرضِ مجهولٌ فأشبَهَ ما إذا قال: ما زَرَعَ فيها حِنْطةً فكذا وما زَرَعَ فيها شَعيرًا فكذا، (ومنهم مَنِ اشتغَلَ) [4] بتَصْحيحِ جوابِ الكِتابِ، والفرْقُ بين الفصلينِ على وجهٍ لم يَتَّضِحْ.

ولو قال: على أنّه إنْ زَرَعَ حِنْطةً فكذا، وإنْ زَرَعَ شَعيرًا فكذا، وإنْ زَرَعَ سِمْسِمًا فكذا، ولم يَذْكُرْ منها فهو جائزٌ لانعِدامِ جَهالةِ المَزْروعِ فيه، وجَهالةُ الزَّرْعِ للحالِ ليس بضائرٍ؛ لأنّه فوّضَ الاختيارَ إليه فأيُّ ذلك اختارَه [5] يَتَعَيَّنُ ذلك العقدُ باختيارِه فعلًا كما قُلْنا في الكَفّاراتِ الثّلاثِ.

ولو زَرَعَ بعضَها حِنْطةً وبعضَها شَعيرًا جازَ؛ لأنّه لو زَرَعَ الكُلَّ حِنْطةً أو الكُلَّ شَعيرًا لَجازَ، فإذا زَرَعَ البعضَ حِنْطةً والبعضَ شَعيرًا أولى.

-(ومنها): أنْ تكونَ الأرضُ مُسَلَّمةً إلى العامِلِ مُخَلّاةً، وهو أنْ يوجَدَ من صاحبِ الأرضِ التّخْليةُ بين الأرضِ وبين العامِلِ، حتى لو شَرَطَ العملَ على رَبِّ الأرضِ لا تَصِحُّ

---

(١) في المخطوط: «زرع منها».
(٢) في المخطوط: «زرع منها».
(٣) في المخطوط: «منها».
(٤) في المخطوط: «وبعضهم اشتغلوا».
(٥) في المخطوط: «اختياره».

المُزارَعةُ لانعِدامِ التّخْليةِ، فكذا إذا اشترطَ فيه عملَهما فيَمْنَعُ التّخْلية جميعًا؛ لِما قُلْنا، ولِهذا لو شَرَطَ رَبُّ المالِ في عقدِ المُضارَبةِ العملَ مع المُضارِبِ لا تَصِحُّ المُضارَبةُ؛ لأنّه شرطٌ يَمْنَعُ وُجودَ ما هو شرطٌ لِصِحّةِ العقدِ وهو التّخْليةُ فيمنع التخلية كذا هذا.

وعلى هذا إذا دَفَعَ أرضًا وبَذْرًا وبَقَرًا على أنْ يَزْرَعَ (١) العامِلُ وعبدُ رَبِّ الأرضِ وللعامِلِ الثُّلُثُ، ولِرَبِّ الأرضِ الثُّلُثُ ولِعبدِه الثُّلُثُ فهو جائزٌ [على ما اشترطَ] (٢)؛ لأنّ صاحبَ الأرضِ صارَ مُسْتَأجِرًا للعامِلِ ببعضِ الخارِجِ الذي هو نَماءُ مِلْكِه، فصَحَّ وشرطُ العملِ على عبدِه لا يكونُ شرطًا على نفسِه؛ لأنّ العبدَ المَأذونَ له يَدُ نفسِه على كسْبه لا يَدُ النّيابةِ عن مولاه، فيَصيرُ بمنزِلةِ الأجنبيِّ فلا [٣/ ٢٢٤ب] يَمْنَعُ تَحْقيقَ التّخْليةِ، فلا يَمْنَعُ الصِّحّةَ، ويكونُ نَصيبُ العبدِ لِمولاه، وإنْ كان البَذْرُ من العامِلِ لا تَصِحُّ المُزارَعةُ؛ لأنّه يَصيرُ مُسْتَأجِرًا للأرضِ والبَقَرِ والعبدِ ببعضِ الخارِجِ الذي هو نَماءُ مِلْكِه، (وذا لا يَصِحُّ) (٣)، على ما نَذْكُرُ ويكونُ الخارِجُ له، وعليه أجرُ مثلِ الأرضِ والبَقَرِ والعبدِ؛ لأنّ هذا حُكْمُ المُزارَعةِ الفاسدةِ على ما يُذْكَرُ في موضِعِه.

وكذا لو كان شَرَطَ عملَ رَبِّ الأرضِ مع ذلك كان له أيضًا أجرُ مثلِ عملِه؛ لأنّ هذا شرطٌ مُفْسِدٌ للعقدِ واللّه أعلمُ.

فَصْلٌ [فيما يرجع إلى ما عقد عليه المزارعة]

وَأمّا الذي يرجعُ إلى (ما عُقِدَ) (٤) عليه: المُزارَعةُ فهو أنْ يكونَ المَعْقودُ عليه [في بابِ] المُزارَعةِ مقصودًا من حيث إنّها إجارةُ أحدِ أمرَيْنِ إمّا مَنْفَعةُ العامِلِ بأنْ كان البَذْرُ من صاحبِ الأرضِ، وإمّا مَنْفَعةُ الأرضِ بأنْ كان البَذْرُ من العامِلِ؛ لأنّ البَذْرَ إذا كان من قِبَلِ رَبِّ الأرضِ يَصيرُ مُسْتَأجِرًا للعامِلِ، وإذا كان من قِبَلِ العامِلِ يَصيرُ مُسْتَأجِرًا للأرضِ، وإذا اجتَمَعا في الاستئجارِ فسَدَتِ المُزارَعةُ، فأمّا مَنْفَعةُ البَقَرِ فإنْ حَصَلَتْ تابِعةً صَحَّتِ المُزارَعةُ، وإنْ جُعِلَتْ (٥) مقصودةً فسَدَتْ.

---

(١) في المخطوط: «يعمل».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «وإذا لا تصح».

(٤) في المخطوط: «المعقود».

(٥) في المخطوط: «حصلت».

[فصل في أنواع المزارعة]

وَبيانُ هذِه الجُمْلةِ ببيانِ أنْواعِ المُزارَعةِ فنَقولُ وباللَّه التّوْفيقُ: المُزارَعةُ أنْواعٌ.

-(منها): أنْ تكونَ الأرضُ والبَذْرُ والبَقَرُ والآلةُ من جانِبٍ، والعملُ من جانِبٍ وهذا جائزٌ؛ لأنّ صاحبَ الأرضِ يَصيرُ مُسْتَأجِرًا للعامِلِ لا غيرُ ليعملَ له في أرضِه ببعضِ الخارِجِ الذي هو نَماءُ مِلْكِه وهو البَذْرُ.

-(ومنها): أنْ تكونَ الأرضُ من جانِبٍ، والباقي كُلُّه من جانِبٍ، وهذا أيضًا جائزٌ؛ لأنّ العامِلَ يَصيرُ مُسْتَأجِرًا للأرضِ لا غيرُ ببعضِ الخارِجِ الذي هو نَماءُ مِلْكِه وهو البَذْرُ.

-(ومنها): أنْ تكونَ الأرضُ [والبَذْرُ] [(١)] من جانِبٍ، والبَقَرُ والآلةُ والعملُ من جانِبٍ، فهذا أيضًا جائزٌ؛ لأنّ هذا استئجارٌ للعامِلِ لا غيرُ مقصودًا، فأمّا البقر فغيرُ مُسْتَأجَرٍ مقصودًا، (ولا يُقابِلُه شيءٌ من الأُجْرةِ) [(٢)] ولا له قسط من العوض وهو الأجرة بل هي تَوابِعُ [(٣)] للمَعْقودِ عليه، وهو مَنْفَعةُ العامِلِ؛ لأنّه آلةٌ للعملِ فلا يُقابِلُه شيءٌ من العملِ كمَنِ استأجَرَ خيّاطًا فخاطَ بإبْرةِ نفسِه جازَ ولا يُقابِلُها شيءٌ من الأُجْرةِ، ولأنّه لَمّا كان تابِعًا للمَعْقودِ عليه، فكان جاريًا مجرَى الصِّفةِ للعملِ كان العقدُ عقدًا على عملٍ جَيِّدٍ، والأوصافُ لا قِسْطَ لها من العِوَضِ فأمكَنَ أنْ تَنْعَقِدَ إجارةً ثم تَتِمَّ شَرِكةً بين مَنْفَعةِ الأرضِ وبين مَنْفَعةِ العامِلِ.

-(ومنها): أنْ تكونَ الأرضُ والبَقَرُ من جانِبٍ، والبَذْرُ والعملُ [(٤)] من جانِبٍ وهذا لا يجوزُ في ظاهِرِ الرِّوايةِ، ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه يجوزُ.

(وجه) قولِه أنّه لو كان الأرضُ والبَذْرُ من جانِبٍ جاز، وجُعِلَتْ مَنْفَعةُ البَقَرِ تابِعةً لِمَنْفَعةِ العامِلِ، فكذا إذا كان الأرضُ والبَقَرُ من جانِبٍ يجبُ أنْ يجوزَ، ويُجْعَلَ مَنْفَعةُ البَقَرِ تابِعةً لِمَنْفَعةِ الأرضِ.

(وجه) ظاهِرِ الرِّوايةِ أنّ العامِلَ هنا يَصيرُ مُسْتَأجِرًا للأرضِ والبَقَرِ جميعًا مقصودًا ببعضِ الخارِجِ؛ لأنّه لا يُمْكِنُ تَحْقيقُ معنى التّبَعيّةِ هنا؛ لاختِلافِ جنسِ المَنْفَعةِ؛ لأنّ مَنْفَعةَ البَقَرِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «مقابلته شيء».
(٣) في المخطوط: «تابعة».
(٤) في المخطوط: «العامل».

ليستْ من جنسِ مَنْفَعةِ الأرضِ، فبَقيَتْ أصلاً بنفسِها، فكان [هذا] [١] استئجارَ البَقَرِ ببعضِ الخارجِ أصلاً ومقصودًا، واستئجارُ البَقَرِ مقصودًا ببعضِ الخارجِ لا يجوزُ لِوجهَيْنِ:

احدُهما: ما ذَكَرْنا أنّ المُزارَعةَ تَنعَقِدُ إجارةً ثم تَتِمُّ شَرِكةً، ولا يُتَصَوَّرُ انعِقادُ الشَّرِكةِ بين مَنْفَعةِ البَقَرِ وبين مَنْفَعةِ العامِلِ بخلافِ الفصلِ الأوّلِ؛ لأنه يُتَصَوَّرُ انعِقادُ الشَّرِكةِ بين مَنْفَعةِ الأرضِ وبين مَنْفَعةِ العامِلِ.

والثاني: أنّ جوازَ المُزارَعةِ ثَبَتَ بالنّصِّ مُخالفًا للقياس؛ لأنّ الأُجْرةَ مَعْدومةٌ، وهي مع انعِدامِها مجهولةٌ فيَقْتَصِرُ جوازُها على المَحَلِّ الذي ورَدَ النّصُّ فيه، وذلك فيما إذا كانت الآلةُ تابِعةً، فإذا جُعِلَتْ مقصودةً يُرَدُّ إلى القياس.

-**(ومنها)**: أنْ يكونَ البَذْرُ والبَقَرُ من جانِبٍ، والأرضُ والعملُ من جانِبٍ، وهذا لا يجوزُ أيضًا؛ لأنّ صاحبَ البَذْرِ يَصيرُ مُسْتَأجِرًا للأرضِ [٢] والعامِلِ جميعًا ببعضِ الخارجِ، والجمْعُ بينهما يَمْنَعُ صِحّةَ المُزارَعةِ.

-**(ومنها)**: أنْ يكونَ البَذْرُ من جانِبٍ، والباقي كُلُّه من جانِبٍ، وهذا لا يجوزُ أيضًا [٣/٢٢٥أ]؛ لِما قُلْنا ورُوِيَ عن أبي يوسفَ في هذَيْنِ الفصلينِ أيضًا أنّه يجوزُ؛ لأنّ استئجارَ كُلِّ واحدٍ منهما جائزٌ عند الانفِرادِ فكذا عند الاجتِماعِ.

-**(والجوابُ)**: ما ذَكَرْنا أنّ الجوازَ (على مُخالَفةِ) [٣] القياس ثَبَتَ عند الانفِرادِ فتَبْقَى حالةُ الاجتِماعِ على أصلِ القياس، وطريقُ الجوازِ في هذَيْنِ الفصلينِ بالاتِّفاقِ أنْ يَأخُذَ صاحبُ البَذْرِ الأرضَ مُزارَعةً ثم يَسْتَعيرَ من صاحبِها ليعملَ له فيجوزَ، والخارجُ يكونُ بينهما على الشرطِ.

-**(ومنها)**: أنْ يَشترِكَ جَماعةٌ من أحدِهم الأرضُ ومن الآخَرِ البَقَرُ ومن الآخَرِ البَذْرُ ومن الرّابعِ العملُ، وهذا لا يجوزُ أيضًا لِما مَرَّ، وفي عَيْنِ هذا ورَدَ الخبَرُ بالفسادِ، فإنّه رويَ أنّ أربَعةَ نَفَرٍ اشتركوا على عَهْدِ رَسولِ الله ﷺ على هذا الوجهَ فأبطَلَ عليهم رَسولُ الله ﷺ مُزارَعَتَهم، وعلى قياس ما رويَ عن أبي يوسفَ يجوزُ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «الأرض».

(٣) في المخطوط: «كان على خلاف».

-(ومنها): أنْ يُشترَطَ في عقدِ المُزارَعةِ أنْ يكونَ بعضُ البَذْرِ من قِبَلِ أحدِهما، والبعضُ من قِبَلِ الآخَرِ، وهذا لا يجوزُ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما يَصيرُ مُسْتأجِرًا صاحبَه في قدرِ بَذْرِه، فيجْتَمِعُ استئجارُ الأرضِ والعملُ من جانبٍ واحدٍ وإنّه مُفْسِدٌ.

-(ومنها): أنْ تكونَ الأرضُ من جانبٍ، والبَذْرُ والبَقَرُ من جانبٍ دَفَعَ صاحبُ الأرضِ أرضَه إليه على أنْ يَزْرَعَها ببَذْرِه وبَقَرِه مع هذا الرّجلِ الآخَرِ على أنّ ما خَرَجَ من شيءٍ فثُلُثُه لِصاحبِ الأرضِ، وثُلُثاه لِصاحبِ البَذْرِ والبَقَرِ، وثُلُثُه لِذلك العامِلِ، وهذا صَحيحٌ في حَقِّ صاحبِ الأرضِ، والعامِلُ الأوّلُ فاسدٌ في حَقِّ العامِلِ الثّاني، ويكونُ ثُلُثُ الخارجِ لِصاحبِ الأرضِ، وثُلُثاه للعامِلِ الأوّلِ، وللعامِلِ الثّاني أجرُ مثلِ عملِه، وكان يَنْبَغي أنْ تفسُدَ المُزارَعةُ في حَقِّ الكُلِّ؛ لأنّ صاحبَ البَذْرِ، وهو العامِلُ الأوّلُ جَمع بين استئجارِ الأرضِ والعامِلِ، وقد ذَكَرْنا أنّ الجمْعَ بينهما مُفْسِدٌ للعقدِ؛ لِكَوْنِه خلافَ موردِ الشّرعِ بالمُزارَعةِ، ومع ذلك حُكِمَ بصِحَّتِها في حَقِّ صاحبِ الأرضِ والعامِلِ الأوّلِ، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ العقدَ فيما بين صاحبِ الأرضِ والعامِلِ الأوّلِ وقَعَ استئجارًا للأرضِ لا غيرُ وإنّه صَحيحٌ، وفيما بين العامِلينِ وقَعَ استئجارُ الأرضِ والعامِلِ جميعًا وإنّه غيرُ صَحيحٍ، ويجوزُ أنْ يكونَ العقدُ الواحدُ له جِهَتانِ[1]: جِهةُ الصِّحّةِ وجِهةُ الفسادِ خُصوصًا في حَقِّ شَخْصَيْنِ، فيكونُ صَحيحًا في حَقِّ أحدِهما فاسدًا في حَقِّ الآخَرِ.

ولو كان البَذْرُ في هذِه المسألةِ من صاحبِ الأرضِ صَحَّتِ المُزارَعةُ في حَقِّ الكُلِّ، والخارجُ بينهم على الشّرطِ؛ لأنّ صاحبَ الأرضِ[2] في هذِه الصّورةِ يُعْتَبَرُ مُسْتَأجِرًا للعامِلينِ جميعًا، والجمْعُ بين استئجارِ العامِلينِ لا يَقْدَحُ في صِحّةِ العقدِ، وإذا صَحَّ العقدُ كان الخارجُ على الشّرطِ.

فصل [فيما يرجع إلى آلة المزارعة]

وَأمّا الذي يرجعُ إلى آلةِ المُزارَعةِ فهو أنْ يكونَ البَقَرُ في العقدِ تابِعًا، فإنْ جُعِلَ مقصودًا في العقدِ تفسُدُ المُزارَعةُ، وقد تَقَدَّمَ بيانُه في الفصلِ المُتَقَدِّمِ بما فيه كِفايةٌ.

---

(١) في المخطوط: «جهات».

(٢) في المخطوط: «البذور».

فصل [فيما يرجع إلى مدة المزارعة]

وَأمّا الذي يرجعُ إلى مُدّةِ المُزارَعةِ فهو أنْ تكونَ المُدّةُ مَعْلومةً، فلا تَصِحُّ المُزارَعةُ إلاّ بعدَ بيانِ المُدّةِ؛ لأنّها استئجارٌ ببعضِ الخارِجِ، ولا تَصِحُّ الإجارةُ مع جَهالةِ المُدّةِ، وهذا هو القياسُ في المُعامَلةِ أنْ لا تَصِحَّ إلاّ بعدَ بيانِ المُدّةِ؛ لأنّها استئجارُ العامِلِ ببعضِ الخارِجِ، فكانت إجارةً بمنزِلةِ المُزارَعةِ إلاّ أنّها جازَتْ في الاستحسانِ لِتَعامُلِ النّاس ذلك من غيرِ بيانِ المُدّةِ، وتَقَعُ على أوّلِ جُزْءٍ يخرجُ من الثّمَرةِ في أوّلِ السَّنةِ؛ لأنّ وقتَ ابْتِداءِ المُعامَلةِ مَعْلومٌ.

(فأمّا) وقتُ ابْتِداءِ المُزارَعةِ فمُتَفاوِتٌ حتى إنّه لو كان في موضِعٍ لا يَتَفاوَتُ يجوزُ من غيرِ بيانِ المُدّةِ، وهو [على] [1] أوّلِ زَرْعٍ يخرجُ كذا ذَكَرَ [2] محمّدُ بنُ سَلَمةَ أنّ بيانَ المُدّةِ في ديارِنا ليس بشرطٍ، كما في المُعامَلةِ.

فصل [في الشروط المفسدة للمزارعة]

وَأمّا الشَّرائطُ المُفْسِدةُ للمُزارَعةِ فأنْواعٌ: وقد دَخَلَ بعضُها في بيانِ الشَّرائطِ المُصَحِّحةِ (منها): شرطُ كونِ الخارِجِ لأحدِهما؛ لأنّه شرطٌ يَقْطَعُ الشَّرِكةَ التي هي من خَصائصِ [3] العقدِ.

-**(ومنها)**: شرطُ العملِ على صاحبِ الأرضِ؛ لأنّ ذلك يَمْنَعُ التّسْليمَ، وهو التّخْليةُ.

-**(ومنها)**: شرطُ البَقرِ عليه؛ لأنّ فيه جَعْلَ مَنْفَعةِ البَقرِ مَعْقودًا عليها مقصودةً في بابِ المُزارَعةِ ولا سَبيلَ إليه.

-**(ومنها)**: شرطُ العملِ والأرضِ جميعًا من جانِبٍ واحدٍ؛ لأنّ ذلك خلافُ موردِ الشّرعِ الذي هو خلافُ القياس على ما مَرَّ في الفُصولِ المُتَقَدِّمةِ.

-**(ومنها)**: شرطُ الحمْلِ والحِفْظِ على المُزارِعِ بعدَ القسمةِ؛ لأنّه ليس من عملِ المُزارَعةِ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «قاله».

(٣) في المخطوط: «معاني».

-(ومنها): شرطُ الحصادِ والرَّفْعِ إلى البَيْدرِ والدّياسُ والتّذْرِيةُ؛ لأنّ الزَّرْعَ لا يَحْتاجُ إليه؛ إذْ لا يَتعَلَّقُ به صَلاحُه، والأصلُ أنّ كُلَّ عملٍ يَحْتاجُ إليه الزَّرْعُ قبلَ تَناهيه وإدْراكِه وجَفافِه مِمّا يرجعُ إلى إصْلاحه من السَّقْيِ والحِفْظِ وقَلْعِ الحشاوةِ وحَفْرِ [١] الأنْهارِ وتسويةِ المُسَنّاةِ [٢] [٣] ونحوِها فعلى المُزارِعِ؛ لأنّ ما هو المقصودُ من الزَّرْعِ، وهو النّماءُ لا يَحْصُلُ بدونِه عادةً، فكان من تَوابِعِ المَعْقودِ عليه، فكان من عملِ المُزارَعةِ فيكونُ على المُزارِعِ، وكُلُّ عملٍ يكونُ بعدَ تَناهي الزَّرْعِ وإدْراكِه وجَفافِه قبلَ قسمةِ الحبِّ مِمّا يَحْتاجُ إليه لِخُلوصِ الحبِّ وتَنْقيَتِه يكونُ بينهما على شرطِ الخارِجِ؛ لأنّه ليس من عملِ المُزارَعةِ؛ ولِهذا قالوا: لو دَفَعَ أرضًا مُزارَعةً، وفيها زَرْعٌ قد استَحْصَدَ لا يجوزُ لانقِضاءِ وقتِ عملِ المُزارَعةِ؛ إذِ العملُ فيه بعدَ الإدْراكِ مِمّا لا يُفيدُه [٤]، وكُلُّ عملٍ يكونُ بعدَ القسمةِ من الحمْلِ إلى البَيْتِ ونحوِه مِمّا يَحْتاجُ إليه لإحرازِ المقسومِ فعلى كُلِّ واحدٍ منهما في نَصيبِه؛ لأنّ ذلك مُؤنةُ مِلْكِه فيَلْزَمُه دونَ غيرِه.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه أجازَ شرطَ الحصادِ ورَفْعِ البَيْدرِ والدّياس والتّذْريةِ على المُزارِعِ لِتَعامُلِ النّاس، وبعضُ مَشايِخِنا بما وراءَ النّهْرِ يُفْتونَ به أيضًا، وهو اختيارُ نُصَيْرِ بنِ يَحْيَى، ومحمّدِ بنِ سَلَمةَ من مَشايخِ خُراسانَ. والجُذاذُ في بابِ المُعامَلةِ لا يَلْزَمُ العامِلَ بلا خلافٍ.

(أمّا) في ظاهرِ الرّوايةِ فلا يُشْكِلُ وأمّا على رِوايةِ أبي يوسفَ فلانعِدامِ التّعامُلِ فيه.

ولو باع الزَّرْعَ قَصيلاً [٥] فاجتَمَعا على أنْ يَقْصِلاه كان القَصْلُ على كُلِّ واحدٍ منهما في [٦] قدرِ شرطِ الحبِّ؛ لأنّه بمنزلةِ [شرطِ] [٧] الحصادِ.

-(ومنها): شرطُ التِّبنِ لِمَنْ لا يكونُ البَذْرُ من قِبَلِه، ومن جُمْلَتِه أنّ هذا لا يخلو من ثلاثةِ أوجُهٍ: إمّا أنْ شَرَطا أنْ يكونَ التِّبنُ بينهما وإمّا أنْ سَكَتا عنه (وإمّا أنْ) [٨] شَرَطا أنْ يكونَ

---

(١) في المخطوط: «ومر». (٢) في المخطوط: «المسنيات».
(٣) المسناة: حائط يبنى في وجه الماء ويسمى السد، انظر المصباح المنير (١/ ٢٩٢).
(٤) في المخطوط: «يزيده».
(٥) القصيل: الشعير يجز أخضر لعلف الدواب والقصيل أي المقطوع. انظر: المصباح المنير (٢/ ٥٠٦).
(٦) في المخطوط: «على». (٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «أو».

لأحدِهما دونَ الآخرِ، فإنْ شَرَطا أنْ يكونَ بينهما لا شَكَّ أنّه يجوزُ؛ لأنّه شرطٌ مُقرَّرٌ، مُقْتَضَى [١] العقدِ؛ لأنّ الشَّركةَ في الخارجِ [من الزَّرْعِ] [٢] من مَعاني هذا العقدِ على ما مَرَّ، وإنْ سَكَتا عنه يَفْسُدُ عند أبي يوسفَ، وعند محمّدٍ: لا يَفْسُدُ، ويكونُ لِصاحبِ البَذْرِ منهما ذَكَرَ الطَّحاويُّ أنّ محمّدًا رجع إلى قولِ أبي يوسفَ.

-**(وجه) قولِ محمّدٍ:** أنّ ما يَسْتَحِقُّه صاحبُ البَذْرِ يَسْتَحِقُّه ببَذْرِه لا بالشّرطِ فكان شرطُ التِّبنِ، والسُّكوتُ عنه بمنزِلةٍ واحدةٍ.

-**(وجه) قولِ أبي يوسفَ:** أنّ كُلَّ واحدٍ منهما - أعني الحبَّ والتِّبنَ - مقصودٌ من العقدِ فكان السُّكوتُ عن التِّبنِ بمنزِلةِ السُّكوتِ عن الحبِّ، وذا مُفْسِدٌ بالإجماعِ فكذا هذا.

وإنْ شَرَطا أنْ يكونَ لأحدِهما دونَ الآخرِ، فإنْ شرطاه لِصاحبِ البَذْرِ جازَ، ويكونُ له، ؛ لأنّ صاحبَ البَذْرِ يَسْتَحِقُّه من غيرِ شرطٍ؛ لِكَوْنِه نَماءَ مِلْكِه فالشّرطُ لا يَزيدُه إلاّ تأكيدًا.

وإنْ شَرَطاه لِمَنْ لا بَذْرَ له [٣] فسَدَتِ المُزارَعةُ؛ لأنّ استحقاقَ صاحبِ البَذْرِ التِّبنَ بالبَذْرِ لا بالشّرطِ؛ لأنّه نَماءُ مِلْكِه، ونَماءُ مِلْكِ الإنسانِ مِلْكُه فصارَ شرطُ كونِ التِّبنِ لِمَنْ لا بَذْرَ من قِبَلِه بمنزِلةِ شرطِ كونِ الحبِّ له، وذا مُفْسِدٌ كذا هذا.

-**(ومنها):** أنْ يَشترِطَ صاحبُ الأرضِ على المُزارِعِ عملاً يَبْقَى أثَرُه ومَنْفَعَتُه بعدَ مُدّةٍ، فالمُزارَعةُ [٤] كبِناءِ الحائطِ والسرقند [٥] واستحداثِ حَفْرِ النَّهْرِ ورَفْعِ [٦] المُسنّاةِ ونحوِ ذلك مِمّا يَبْقَى أثَرُه ومَنْفَعَتُه إلى ما بعدَ انقِضاءِ المُدّةِ؛ لأنّه شرطٌ لا يَقْتَضيه العقدُ.

وأمّا الكِرابُ فلا يخلو في الأصلِ من وجهَيْنِ: إمّا أنْ شَرَطاه في العقدِ، وإمّا أنْ سَكَتا عنه.

فإنْ سَكَتا عنه هَلْ يدخلُ تَحتَ عقدِ المُزارَعةِ حتى يُجبَرَ المُزارِعُ [عليه] [٧] لو امتَنَعَ أو لا؟ فسَنَذْكُرُه في حُكْمِ المُزارَعةِ الصّحيحةِ إنْ شاء الله - تعالى.

---

(١) في المخطوط: «معنى».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «من قبله».
(٤) في المخطوط: «المزارعة».
(٥) في المخطوط: «السرقنة».
(٦) في المخطوط: «ووضع».
(٧) ليست في المخطوط.

وإنْ شَرَطاه في العقدِ فلا يخلو أيضًا من وجهَيْنِ: إمّا [٣/ ٢٢٦أ] أنْ شَرَطاه في العقد مُطْلَقًا عن صِفةِ التّثْنيةِ، وإمّا أنْ شَرَطاه مُقَيَّدًا بها، فإنْ شَرَطاه مُطْلَقًا عن الصِّفةِ قال بعضُهم: إنّه يُفْسِدُ العقدَ؛ لأنّ أثَرَه يَبْقَى إلى ما بعدَ المُدّةِ وقال عامَّتُهم: لا يُفْسِدُ، وهو الصّحيحُ؛ لأنّ الكِرابَ بدونِ التّثْنيةِ مِمّا يُبْطِلُ (١) السَّقْيَ على وجهٍ لا يَبْقَى له أثَرٌ ومَنْفَعةٌ بعدَ المُدّةِ فلم يَكُنْ شرطُه مُفْسِدًا للعقدِ.

وإنْ شَرَطاه مع التّثْنيةِ فسَدَتِ المُزارَعةُ؛ لأنّ التّثْنيةَ إمّا أنْ تكونَ عِبارةً عن الكِرابِ مَرَّتَيْنِ: مَرّةً لِلزِّراعةِ ومَرّةً بعدَ الحصادِ؛ ليَرُدَّ الأرضَ على صاحبِها مَكْروبةً، وهذا شرطٌ فاسدٌ (٢) لا شَكَّ فيه؛ لِما ذَكَرْنا أنّه شرطُ عملٍ ليس هو من عملِ المُزارَعةِ؛ لأنّ الكِرابَ بعدَ الحصادِ ليس من عملِ المُزارَعةِ في هذِه السَّنةِ.

وإمّا أنْ يكونَ عِبارةً عن فعلِ الكِرابِ مَرَّتَيْنِ قبلَ الزِّراعةِ، وإنّه عملٌ يَبْقَى أثَرُه ومَنْفَعَتُه إلى ما بعدَ المُدّةِ، فكان مُفْسِدًا حتى إنّه لو كان في موضِعٍ لا يَبْقَى لا يُفْسِدُ كذا قال بعضُ مَشايِخِنا (٣) ولو دَفَعَ الأرضَ مُزارَعةً على أنّه إنْ زَرَعَها بغيرِ كِرابٍ فللمُزارِعِ الرُّبُعُ، وإنْ زَرَعَها بكِرابٍ فلَه الثُّلُثُ، وإنْ كرَبَها وثَنّاها فلَه النِّصْفُ فهو جائزٌ على ما شَرَطا كذا ذُكِرَ في الأصلِ، وهذا (٤) مُشْكِلٌ في شرطِ الكِرابِ مع التّثْنيةِ؛ لأنّه شرطٌ مُفْسِدٌ فيَنْبَغي أنْ يُفْسِدَها هذا الشّرطُ، وإذا عَمِلَ يكونُ له أجرُ مثلِ عملِه.

فأمّا شرطُ الكِرابِ وعَدَمُه فصَحيحٌ على الشّرطِ المذكورِ؛ لأنّه غيرُ مُفْسِدٍ، وبعضُهم صَحَّحوا جوابَ الكِتابِ، وفَرَّقوا بين هذا الشّرطِ وبين شرطِ التّثْنيةِ بفَرْقٍ لم يَتَّضِحْ.

وفَرَّعَ في الأصلِ فقال: ولو زَرَعَ بعضَ الأرضِ بكِرابٍ وبعضَها بغيرِ كرابٍ وبعضَها بثُنْيانٍ فهو جائزٌ، والشّرطُ بينهما في كُلِّ الأرضِ نافِذٌ على ما شَرَطا كذا ذُكِرَ في الأصلِ، وهذا بناءٌ على الأوّلِ؛ لأنّه إنْ شَرَطَ التّثْنيةَ في كُلِّ الأرضِ عند اختيارِه ذلك يَصِحُّ في البعضِ بالطَّريقِ الأولى.

* * *

---

(١) في المخطوط: «يبطله».
(٢) في المخطوط: «مفسد».
(٣) في المخطوط: «أصحابنا».
(٤) في المخطوط: «وهو».

فصل [في حكم المزارعة الصحيحة]

وَأمّا بيانُ حُكْمِ المُزارَعةِ الصّحيحةِ عند [١] مَنْ يُجيزُها فنَقولُ وباللّه التّوْفيقُ -: [أن] [٢] للمُزارَعةِ الصّحيحةِ أحْكامًا:

منها: أنّ كُلَّ ما كان من عملِ المُزارَعةِ مِمّا يُحْتاجُ الزرع إليه لإصْلاحه فعلى المُزارِعِ؛ لأنّ العقدَ تَناوَلَه وقد بَيّنّاه.

-(**ومنها**): أنّ كُلَّ ما كان من بابِ النّفَقةِ على الزَّرْعِ من السِّرْقينِ [٣] وقَلْعِ الحشاوةِ، ونحوِ ذلك فعليهما على قدرِ حَقِّهما، وكذلك الحصادُ والحمْلُ إلى البَيْدرِ والدّياسُ وتَذْريَتُه؛ لِما ذَكَرْنا أنّ ذلك ليس من عملِ المُزارَعةِ حتى يختَصَّ به المُزارِعُ.

-(**ومنها**): أنْ يكونَ الخارِجُ بينهما على الشّرطِ المذكورِ؛ لأنّ الشّرطَ قد صَحَّ فيَلْزَمُ الوفاءُ به لِقولِه ﷺ: «المسلمُونَ عندَ شُرُوطِهم» [٤].

-(**ومنها**): أنه إذا لم تُخْرِجِ الأرضُ شيئًا، فلا شيءَ لِواحدٍ منهما لا أجرُ العملِ ولا أجرُ الأرضِ سَواءٌ كان البَذْرُ من قِبَلِ العامِلِ أو من قِبَلِ رَبِّ الأرضِ بخلافِ المُزارَعةِ الفاسدةِ أنّه يجبُ فيها أجرُ المثلِ، وإنْ لم تُخْرِجِ الأرضُ شيئًا.

والفرْقُ أنّ الواجبَ في العقدِ الصّحيحِ هو المُسَمَّى و[هو] [٥] بعضُ الخارِجِ، ولم يوجَدِ الخارِجُ فلا يجبُ شيءٌ، والواجبُ في المُزارَعةِ الفاسدةِ أجرُ مثلِ العملِ في الذِّمّةِ لا في [٦] الخارِجِ، فانعِدامُ الخارِجِ لا يَمْنَعُ وُجوبَه في الذِّمّةِ فهو الفرْقُ.

-(**ومنها**): أنّ هذا العقدَ غيرُ لازِمٍ في جانِبِ صاحبِ البَذْرِ لازِمٌ في جانِبِ صاحبه حتى لو امتَنَعَ بعدَما عَقَدَ عقد المُزارَعةَ على الصِّحّةِ، وقال: لا أُريدُ زِراعةَ الأرضِ له ذلك سَواءٌ كان له عذر أو لم يَكُنْ ولو امتَنَعَ صاحبُه ليس له ذلك إلاّ من عُذْرٍ وعقدُ المُعامَلةِ لازِمٌ ليس لِواحدٍ منهما أنْ يَمْتَنِعَ إلاّ من عُذْرٍ.

---

(١) في المخطوط: «على قول».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) السرقين: ما تُدمل به الأرض مثل الزبْل، انظر: اللسان (١٣/ ٢٠٨)، المغرب (١/ ٣٦٠).
(٤) سبق تخريجه.
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «من».

والفرْقُ بين هذِه الجُمْلةِ أنّ صاحبَ البَذْرِ لا يُمْكِنُه المُضيُّ في العقدِ إلاّ بإتْلافِ مِلْكِه، وهو البَذْرُ؛ لأنّ البَذْرَ يَهْلِكُ في التُّرابِ فلا يكونُ الشُّروعُ فيه مُلْزِمًا في حَقِّه؛ إذِ الإنسانُ لا يُجْبَرُ على إتْلافِ مِلْكِه ولا كذلك مَنْ ليس البَذْرُ من قِبَلِه والمُعامَلاتُ؛ لأنّه ليس في لُزومِ المعنى إيّاهم إتْلافُ مِلْكِهم، فكان الشُّروعُ في حَقِّهم مُلْزِمًا، ولا يَنْفَسِخُ إلاّ من عُذْرٍ كما في سائرِ الإجاراتِ وسَواءٌ كان المُزارِعُ كرَبَ الأرضَ أو لم يَكْرُبْها؛ لأنّ ما ذَكَرْنا من المعنى لا يوجِبُ [٣/ ٢٢٦ب] الفصلَ بينهما، ولا شيءَ للعامِلِ في عملِ الكِرابِ على ما نَذْكُرُه في حُكْمِ المُزارَعةِ المُنْفَسِخةِ إنْ شاء الله تعالى.

ومنها: وِلايةُ جَبْرِ المُزارِعِ على الكِرابِ وعَدَمُها، وهذا على وجهَيْنِ: إمّا أنْ شَرَطا الكِرابَ في العقدِ وإمّا أنْ سَكَتا عن شرطِه فإنْ شرطاه يُجْبَرُ عليه؛ لأنّه شرطٌ صَحيحٌ فيجبُ الوفاءُ به، وإنْ سَكَتا عنه يُنْظَرُ إنْ كانت الأرضُ مِمّا يُخْرِجُ الزَّرْعَ بدونِ الكِرابِ زَرْعًا مُعْتادًا يُقْصَدُ مثلُه في عُرْفِ النّاسِ لا يُجْبَرُ المُزارِعُ عليه، وإنْ كانت مِمّا لا يُخْرِجُ أصلاً أو يُخْرِجُ، ولكِنْ شيئًا قليلاً لا يُقْصَدُ مثلُه بالعملِ يُجْبَرُ على الكِرابِ؛ لأنّ مُطْلَقَ عقدِ المُزارَعةِ يَقَعُ على الزِّراعةِ المُعْتادةِ.

وعلى هذا إذا امتنَعَ المُزارِعُ عن السَّقْيِ، وقال: أدَعُها حتى تسقيَها السَّماءُ فهو على قياس [(1)] هذا التّفْصيلِ أنّه إنْ كان الزَّرْعُ مِمّا يَكْتَفي بماءِ السَّماءِ، ويُخْرِجُ زَرْعًا مُعْتادًا بدونِه لا يُجْبَرُ على السَّقْيِ، وإنْ كان مع السَّقْيِ أجوَدَ، فإنْ كان مِمّا لا يَكْتَفي به يُجْبَرُ على السَّقْيِ؛ لِما قُلْنا.

-**(ومنها):** جوازُ الزّيادةِ على الشّرطِ المذكورِ من الخارِجِ والحطُّ عنه وعَدَمُ الجوازِ، والأصلُ فيه أنّ كُلَّ ما احتَمَلَ إنْشاء العقدِ عليه احتَمَلَ الزّيادةَ، وما لا فلا، والحطُّ جائزٌ في الحالينِ جميعًا كما في الزّيادةِ في الثّمَنِ في بابِ البيعِ.

إذا عُرِفَ هذا فنقولُ: الزّيادةُ والحطُّ في المُزارَعةِ على وجهَيْنِ: إمّا أنْ يكونَ من المُزارِعِ، وإمّا أنْ يكونَ من صاحبِ الأرضِ ولا يخلو إمّا أنْ يكونَ البَذْرُ من قِبَلِ المَزارِعِ، وإمّا أنْ يكونَ من صاحبِ الأرضِ بعدَما استَحْصَدَ الزَّرْعُ أو قبلَ أنْ يَسْتَحْصِدَ، فإنْ كان من بعدِ ما استَحْصَدَ، والبَذْرُ من قِبَلِ العامِلِ، وكانت المُزارَعةُ على النِّصْفِ مَثَلاً فزادَ المَزارِعُ

(١) في المخطوط: «مثال».

صاحبَ الأرضِ السُّدُسَ في حِصَّتِه، وجعل له الثُّلُثَيْنِ، ورَضيَ به صاحبُ الأرضِ لا تَجوزُ الزّيادةُ، والخارجُ بينهما على الشّرطِ نصفانِ، وإنْ زادَ صاحبُ الأرضِ المَزارِعَ السُّدُسَ في حِصَّتِه وتَراضَيا فالزّيادةُ جائزةٌ؛ لأنّ الأوّلَ زيادةٌ على الأُجْرةِ بعدَ انتِهاءِ عملِ المُزارَعةِ باستيفاءِ المَعْقودِ عليه، وهو المَنْفَعةُ وإنّه لا يجوزُ.

ألا تَرَى أنّهما لو أنْشآ العقدَ بعدَ الحصادِ لا يجوزُ فكذلك الزّيادةُ.

والثّانيَ حَطٌّ من الأُجْرةِ وإنّه لا يَسْتَدْعي قيامَ المَعْقودِ عليه كما في بابِ البيعِ.

هذا إذا كان البَذْرُ من قِبَلِ العامِلِ فإنْ كان من قِبَلِ صاحبِ الأرضِ لا يجوزُ، وإنْ زادَ المُزارِعُ جازَ؛ لِما قُلْنا.

هذا إذا زادَ أحدُهما بعدَما استَحْصَدَ الزَّرْعَ فإنْ زادَ قبلَ أنْ يَسْتَحْصِدَ جازَ أيُّهما كان؛ لأنّ الوقْتَ يحتملُ إنْشاء العقدِ فيحتملُ الزّيادةَ أيضًا بخلافِ الفصلِ الأوّلِ.

فصل [في حكم المزارعة الفاسدة]

وَأمّا حُكْمُ المُزارَعةِ الفاسدةِ فأنْواعٌ:

-(**منها**): أنّه لا يجبُ على المُزارِعِ شيءٌ من أعمالِ [1] المُزارَعةِ؛ لأنّ وُجوبَه بالعقدِ ولم يَصِحَّ.

-(**ومنها**): أنّ الخارجَ يكونُ كُلُّه لِصاحبِ البَذْرِ سَواءٌ كان (رَبَّ الأرضِ أو المُزارِعَ) [2]؛ لأنّ استحقاقَ صاحبِ البَذْرِ الخارجَ لِكَوْنِه نَماءَ مِلْكِه لا بالشّرطِ لِوُقوعِ الاستِغْناءِ بالمِلْكِ عن الشّرطِ، واستحقاقُ الأجرِ الخارجِ بالشّرطِ وهو العقدُ فإذا لم يَصِحَّ الشّرطُ استَحَقَّه صاحبُ المِلْكِ ولا يَلْزَمُه التّصَدُّقُ بشيءٍ؛ لأنّه نَماءُ مِلْكِه.

-(**ومنها**): أنّ البَذْرَ إذا كان من قِبَلِ صاحبِ الأرضِ كان للعامِلِ عليه أجرُ المثلِ [3]؛ لأنّ البَذْرَ إذا كان من قِبَلِ [صاحبِ] [4] الأرضِ كان هو مُسْتَأجِرًا للعامِلِ فإذا فَسَدَتِ الإجارةُ وجَبَ أجرُ مثلِ عملِه، وإذا كان البَذْرُ من قِبَلِ العامِلِ كان عليه لِرَبِّ الأرضِ أجرُ

---

(١) في المخطوط: «عمل».

(٢) في المخطوط: «لصاحب الأرض أو العامل المزارع».

(٣) في المخطوط: «مثل عمله». (٤) ليست في المخطوط.

مثلِ أرضِه؛ لأنّ البَذْرَ إذا كان من قِبَلِ العامِلِ يكونُ هو مُسْتَأجِرًا للأرضِ، فإذا فسَدَتِ الإجارةُ يجبُ عليه أجرُ مثلِ أرضِه.

-(ومنها): أنّ البَذْرَ إذا كان من قِبَلِ صاحبِ [1] الأرضِ واستَحَقَّ الخارجَ وغَرِمَ للعامِلِ أجرَ مثلِ عملِه فالخارجُ كُلُّه له طَيِّبٌ؛ لأنّه حاصِلٌ من مِلْكِه وهو البَذْرُ في مِلْكِه وهو الأرضُ، وإذا كان من قِبَلِ العامِلِ واستَحَقَّ الخارجَ وغَرِمَ لِصاحبِ الأرضِ أجرَ مثلِ أرضِه فالخارجُ كُلُّه لا يَطِيبُ له بل يَأخُذُ من الزَّرْعِ قدرَ بَذْرِه وقدرَ [٣/ ٢٢٧أ] أجرِ مثلِ الأرضِ ويَطِيبُ ذلك له؛ لأنّه سُلِّمَ له بعِوَضٍ ويَتَصَدَّقُ بالفضْلِ على ذلك؛ لأنّه وإنْ تَوَلَّدَ من بَذْرِه لَكِنْ في أرضِ غيرِه بعقدٍ فاسدٍ، فتَمَكَّنَتْ فيه شُبْهةُ الخُبْثِ فكان سَبيلُه التّصَدُّقَ.

-(ومنها): أنّ أجرَ المثلِ لا يجبُ في المُزارَعةِ الفاسدةِ ما لم يوجَدِ استِعْمالُ الأرضِ؛ لأنّ المُزارَعةَ عقدُ إجارةٍ والأُجْرةُ في الإجارةِ الفاسدةِ لا تَجِبُ إلاّ بحَقيقةِ الاستِعْمالِ، ولا تَجِبُ بالتّخْليةِ لانعِدامِ التّخْليةِ فيها حَقيقةً؛ إذْ هي عِبارةٌ عن رَفْعِ المَوانِعِ والتّمَكُّنِ من الانتِفاعِ حَقيقةً وشرعًا، ولم يوجَدْ بخلافِ الإجارةِ الصّحيحةِ على ما عُرِفَ في الإجاراتِ.

-(ومنها): أنّ أجرَ المثلِ يجبُ في المُزارَعةِ الفاسدةِ، وإنْ لم تُخْرِجِ الأرضُ شيئًا بعدَ أنِ استَعْمَلَها المُزارِعُ، وفي المُزارَعةِ الصّحيحةِ إذا لم تُخْرِجْ شيئًا لا يجبُ شيءٌ لِواحدٍ منهما وقد مَرَّ الفرْقُ فيما تَقَدَّمَ.

-(ومنها): أنّ أجرَ المثلِ في المُزارَعةِ الفاسدةِ يجبُ مُقَدَّرًا بالمُسَمَّى عند أبي يوسفَ، وعند محمّدٍ: يجبُ تامًّا، وهذا إذا كانت الأُجْرةُ وهو حِصّةُ كُلِّ واحدٍ منهما مُسَمّاةً في العقدِ، فإنْ لم يَكُنْ يجبُ أجرُ المثلِ تامًّا بالإجماعِ.

(وجه) قولِ محمّدٍ - رحمه الله - أنّ الأصلَ في الإجارةِ وُجوبُ أجرِ المثلِ؛ لأنّها عقدُ مُعاوَضةٍ، وهو تمليكُ المَنْفَعةِ بعِوَضٍ ومَبنَى المُعاوَضاتِ على المُساواةِ بين البَدَلينِ، وذلك في وُجوبِ أجرِ المثلِ؛ لأنّه المثلُ المُمْكِنُ في البابِ؛ إذْ هو قدرُ قيمةِ المَنافعِ المُسْتَوْفاةِ إلاّ أنّ فيه ضرْبَ جَهالةٍ، وجَهالةُ المَعْقودِ عليه تمنَعُ [صِحّةَ العقدِ] [2] فلا بُدَّ

---

(١) في المخطوط: «رب».

(٢) ليست في المخطوط.

من تسميةِ البَدَلِ تَصْحيحًا للعقدِ فوَجَبَ المُسَمَّى على قدرِ قيمةِ المَنافعِ أيضًا، فإذا لم يَصِحَّ العقدُ لِفَواتِ شرطٍ من شَرائطِه وجَبَ المَصيرُ إلى البَدَلِ الأصليِّ للمَنافعِ وهو أجرُ المثلِ؛ ولِهذا إذا لم يُسَمِّ البَدَلَ أصلاً في العقدِ وجَبَ أجرُ المثلِ بالِغًا ما بَلَغَ.

-(وجه) **قولِ أبي يوسف**: أنّ الأصلَ ما قاله محمّدٌ وهو: وُجوبُ أجرِ المثلِ بَدَلاً عن المَنافعِ قيمةً لها؛ لأنّه هو المثلُ بالقدرِ المُمْكِنِ لَكِنْ مُقَدَّرًا بالمُسَمَّى؛ لأنّه كما يجبُ اعتِبارُ المُماثَلةِ في البَدَلِ في عقدِ المُعاوَضةِ بالقدرِ المُمْكِنِ يجبُ اعتِبارُ التّسْميةِ بالقدرِ المُمْكِنِ؛ لأنّ اعتِبارَ تَصَرُّفِ العاقِلِ واجبٌ ما أمكَنَ، وأمكَنَ ذلك بتَقْديرِ أجرِ المثلِ بالمُسَمَّى؛ لأنّ المُسْتَأجِرَ ما رَضيَ بالزّيادةِ على المُسَمَّى، والآجِرُ ما رَضيَ بالنُّقْصانِ عنه فكان اعتِبارُ المُسَمَّى في تَقْديرِ أجرِ المثلِ به عملاً بالدَّليلينِ ورِعايةً للجانِبَيْنِ بالقدرِ المُمْكِنِ فكان أولى بخلافِ ما إذا لم يَكُنِ البَدَلُ مُسَمًّى في العقدِ؛ لأنّ البَدَلَ إذا لم يَكُنْ مُسَمًّى أصلاً لا حاجةَ إلى اعتِبارِ التّسْميةِ فوَجَبَ اعتِبارُ أجرِ المثلِ فهو الفرْقُ.

فصل

وَأمّا المَعاني التي هي عُذْرٌ في فسخِ المُزارَعةِ فأنْواعٌ:

بعضُها يرجعُ إلى صاحبِ الأرضِ.

وبعضُها يرجعُ إلى المُزارِعِ.

(أمّا) الأوّلُ الذي يرجعُ إلى صاحبِ الأرضِ فهو الدَّيْنُ الفادِحُ الذي لا قَضاءَ له إلاّ من ثَمَنِ هذِه الأرضِ تُباعُ في الدَّيْنِ، ويُفْسَخُ العقدُ بهذا العُذْرِ إذا أمكَنَ الفسخَ بأنْ كان قبلَ الزّراعةِ أو بعدَها إذا أدْرَكَ [١] الزَّرْعُ، وبَلَغَ مَبْلَغَ الحصادِ؛ لأنّه لا يُمْكِنُه المُضيُّ في العقدِ إلاّ بضرَرٍ يَلْحَقُه فلا يَلْزَمُه تَحَمُّلُ الضَّرَرِ فيَبيعُ القاضي الأرضَ بدَيْنِه أوّلاً ثم يَفْسَخُ المُزارَعةَ ولا تَنْفَسِخُ بنفسِ العُذْرِ، وإنْ لم يُمْكِنِ الفسخُ بأنْ كان الزَّرْعُ لم يُدْرِكْ (ولم يَبْلُغْ) [٢] مَبْلَغَ الحصادِ لا يُباعُ في الدَّيْنِ ولا يُفْسَخُ إلى أنْ يُدْرِكَ الزَّرْعُ؛ لأنّ في البيعِ إبطالَ حَقِّ العامِلِ، وفي الانتِظارِ إلى وقتِ الإدْراكِ تَأخيرَ حَقِّ صاحبِ الدَّيْنِ وفيه رِعايةُ الجانِبَيْنِ - فكان أولى ويُطْلَقُ من الحبْسِ إنْ كان مَحْبوسًا إلى غايةِ الإدْراكِ؛ لأنّ الحبْسَ

(١) في المخطوط: «سَمُنَ».

(٢) في المخطوط: «وبلغ».

جَزاءُ الظُّلْمِ وهو المَطْلُ وإنّه غيرُ مُماطِلٍ قبلَ الإدْراكِ؛ لِكَوْنِه ممنوعًا عن بيعِ الأرضِ شرعًا، والممنوعُ مَعْذورٌ فإذا أدْرَكَ الزَّرْعُ يُرَدُّ إلى الحبْسِ ثانيًا؛ لِيَبيعَ أرضَه ويُؤَدّيَ دَيْنَه بنفسِه، وإلاّ فيَبيعُ القاضي عليه.

(وأمّا) الثّاني الذي يرجعُ إلى المُزارِعِ فنحوُ المَرَضِ -؛ لأنّه مُعْجِزٌ عن العملِ.

والسَّفَرِ -؛ لأنّه يَحْتاجُ إليه.

وتَرْكِ حِرْفةٍ إلى حِرْفةٍ -؛ لأنّ من الحِرَفِ ما لا يُغْني من جوعٍ فيَحْتاجُ إلى الانتِقالِ إلى غيرِه - ومانِعٍ يَمْنَعُه من العملِ على (ما عُرِفَ) (١) في كِتابِ [٣/ ٢٢٧ب] الإجارةِ.

فصل [فيما ينفسخ به عقد المزارعة]

وَأمّا الذي يَنْفَسِخُ به عقدُ المُزارَعةِ بعدَ وُجودِه فأنْواعٌ:

-(منها): الفسخُ وهو نوعانِ: صَريحٌ، ودَلالةٌ.

-(فالصريح) (٢): أنْ يكونَ بلَفْظِ الفسخِ والإقالةِ؛ لأنّ المُزارَعةَ مُشتمِلةٌ على الإجارةِ والشَّرِكةِ، وكُلُّ واحدٍ منهما قابِلٌ لِصَريحِ الفسخِ والإقالةِ.

وامّا الدّلالة فنوعانِ: الأوّلُ: امتِناعُ صاحبِ البَذْرِ عن المُضيِّ في العقدِ بأنْ قال: لا أُريدُ مُزارَعةَ الأرضِ يَنْفَسِخُ العقدُ؛ لِما ذَكَرْنا أنّ العقدَ غيرُ لازِمٍ في حَقِّه فكان بسَبيلٍ من الامتِناعِ عن المُضيِّ فيه من غيرِ عُذْرٍ، ويكونُ ذلك فسخًا منه دَلالةً.

والثاني: حَجْرُ المولى على العبدِ المَأذونِ بعدَما دَفَعَ الأرضَ والبَذْرَ مُزارَعةً، وبيانُ ذلك: أنّ العبدَ المَأذونَ إذا دَفَعَ الأرضَ والبَذْرَ مُزارَعةً فحَجَرَه (٣) المولى قبلَ المُزارَعةِ يَنْفَسِخُ العقدُ حتى يَمْلِكَ مَنْعَ المُزارِعِ عن المُزارَعةِ؛ لأنّ العقدَ لم يَقَعْ لازِمًا من جِهةِ العبدِ؛ لأنّه صاحبُ بَذْرٍ فيَمْلِكُ المولى مَنْعَه عن الزِّراعةِ بالحجرِ كما كان يَمْلِكُ العبدُ مَنْعَه قبلَ الحجرِ.

ولو كان البَذْرُ من جِهةِ المُزارِعِ لا يَنْفَسِخُ العقدُ حتى لا يَمْلِكَ المولى ولا العبدُ مَنْعَ المُزارِعِ عن المُزارَعةِ؛ لأنّ العقدَ لازِمٌ من قِبَلِ صاحبِ البَذْرِ؛ ولِهذا لا يَمْلِكُ العبدُ مَنْعَه

---

(١) في المخطوط: «ما مر».

(٢) في المخطوط: «أما الصريح».

(٣) في المخطوط: «الحجره».

عن الزِّراعةِ قبلَ الحجرِ فلا يَمْلِكُ المولى مَنْعَه بالحجرِ أيضًا.

هذا إذا دَفَعَ الأرضَ مُزارَعةً، فأمّا إذا أخذها مُزارَعةً، فإنْ كان البَذْرُ من قِبَلِه انفَسَخَ العقدُ؛ لأنّه إذا حُجِرَ عليه فقد عَجَزَ عن العملِ، وإنّه يوجِبُ انفِساخَ العقدِ لِفَواتِ المَعْقودِ عليه.

وإنْ كان البَذْرُ والأرضُ من قِبَلِ صاحبِ الأرض لا يَنْفَسِخُ العقدُ بالحجرِ؛ لأنّه بالحجرِ لم يَعْجَزْ عن العملِ إلاّ أنّ للمولى مَنْعَه عن العملِ؛ لِما فيه من إتْلافِ مِلْكِه وهو البَذْرُ فلَه أنْ يَفْسَخَ ما لا يَنْفَسِخُ بالحجرِ.

هذا إذا حَجَرَ على العبدِ المَأذونِ، فأمّا إذا لم يَحْجُرْ عليه ولَكِنْ نَهاه عن الزِّراعةِ أو فسخ العقدَ بعدَ الزِّراعةِ أو نَهى قبلَ ذلك إلاّ أنّه لم يَحْجُرْ عليه فالنّهْيُ باطِلٌ، وكذلك نَهْيُ الأبِ الصّبيَّ المَأذونَ قبلَ عقدِ المُزارَعةِ أو بعدَه لا يَصِحُّ؛ لأنّ النّهْيَ عن الزِّراعةِ والفسخَ بعدَها من بابِ تَخْصيصِ الإذنِ بالتِّجارةِ، والإذنُ بالتِّجارةِ مِمّا لا يحتملُ التّخْصيصَ.

-(**ومنها**): انقِضاءُ مُدّةِ المُزارَعةِ؛ لأنّها إذا انقَضَتْ فقد انتَهى العقدُ وهو معنى الانفِساخِ (ومنها): موتُ صاحبِ الأرضِ سَواءٌ مات قبلَ الزِّراعةِ أو بعدَها وسَواءٌ أدْرَكَ الزَّرْعُ أو وهو بَقْلٌ؛ لأنّ العقدَ أفادَ الحُكْمَ له دونَ وارِثِه؛ لأنّه عاقِدٌ لِنفسِه، والأصلُ أنّ مَنْ عَقَدَ لِنفسِه بطريقِ الأصالةِ فحُكْمُ تَصَرُّفِه يَقَعُ له لا لِغيرِه إلاّ لِضرورةٍ.

[(**ومنها**): موتُ المُزارِعِ سَواءٌ مات قبلَ الزِّراعةِ أو بعدَها بَلَغَ الزَّرْعُ حَدَّ الحصادِ أو لم يَبْلُغْ لِما ذَكَرْنا] [١].

فصل [في حكم المزارعة المنفسخة]

وَأمّا بيانُ حُكْمِ المُزارَعةِ المُنْفَسِخةِ فنَقولُ: - وباللّه التّوْفيقُ -: لا يخلو من وجهَيْنِ: إمّا أنِ انفَسَخَتْ قبلَ الزِّراعةِ أو بعدَها، فإنِ انفَسَخَتْ قبلَ الزِّراعةِ لا شيءَ للعامِلِ، وإنْ كَرَبَ الأرضَ وحَفَرَ الأنْهارَ وسَوّى المُسَنّياتِ بأيِّ طريقٍ انفَسَخَ سَواءٌ انفَسَخَ بصَريحِ الفسخِ أو بدَليلِه أو بانقِضاءِ المُدّةِ أو بموتِ أحدِ المُتَعاقِدَيْنِ؛ لأنّ الفسخَ يَظْهَرُ أثَرُه في المُسْتَقْبَلِ بانتِهاءِ حُكْمِه لا في الماضي فلا يَتَبَيَّنُ أنّ العقدَ لم يَكُنْ صَحيحًا، والواجبُ في

(١) ليست في المخطوط.

العقدِ الصّحيحِ المُسَمَّى وهو بعضُ الخارِجِ ولم يوجَدْ فلا يجب شيءٌ.

وقيلَ: إن هذا جوابُ الحُكْمِ، فأمّا فيما بينه وبين الله - تعالى - عليه أنْ يُرْضيَ العامِلَ فيما إذا امتَنَعَ عن المُضيِّ في العقدِ قبلَ الزِّراعةِ، ولا يَحِلُّ له الامتِناعُ شرعًا فإنّه [1] يُشْبِه التَّغْريرَ وإنّه حَرامٌ.

وإنِ انفَسَخَتْ بعدَ الزِّراعةِ، فإنْ كان الزَّرْعُ قد أدْرَكَ وبَلَغَ الحصادَ فالحصادُ والخارِجُ بينهما على الشّرطِ، وإنْ كان لم يُدْرِكْ فكذا الجوابُ في صَريحِ الفسخِ ودَليلِه وانقِضاءِ المُدّةِ؛ لأنّ الزَّرْعَ بينهما على الشّرطِ، والعملُ فيما بَقيَ إلى وقتِ الحصادِ عليهما وعلى المُزارِعِ أجرُ مثلِ نصفِ الأرضِ لصاحبِ الأرضِ.

(أمّا) الزَّرْعُ بينهما على الشّرطِ [2] فلِما مَرَّ أنّ انفِساخَ العقدِ يَظْهَرُ أثَرُه في المُسْتَقْبَلِ لا في [٣/ ٢٢٨أ] الماضي فبَقيَ الزَّرْعُ بينهما على ما كان قبلَ الانفِساخِ.

(وأمّا) العملُ فيما بَقيَ إلى وقتِ الحصادِ عليهما؛ لأنّه عملٌ في مالٍ مُشترَكٍ لم يُشترَطِ العملُ فيه على أحدِهما فيكونُ عليهما وعلى المُزارِعِ أجرُ مثلِ نصفِ الأرضِ لِصاحبِ الأرضِ؛ لأنّ العقدَ قد انفَسَخَ، وفي القَلْعِ ضرَرٌ بالمُزارِعِ، وفي التّرْكِ بغيرِ أجرٍ ضرَرٌ بصاحبِ الأرضِ فكان التّرْكُ بأجرِ المثلِ نَظَرًا من الجانِبَيْنِ بخلافِ ما إذا مات صاحبُ الأرضِ، والزَّرْعُ بَقْلٌ أنّ العملَ يكونُ على المُزارِعِ خاصّةً؛ لأنّ هناك انفَسَخَ العقدُ حَقيقةً لِوُجودِ سببِ الفسخِ وهو الموتُ إلاّ أنّا بَقّيْناه تَقْديرًا دَفْعًا لِلضّرَرِ عن المُزارِعِ؛ لأنّه لو انفَسَخَ لَثَبَتَ لِصاحبِ الأرضِ حَقُّ القَلْعِ وفيه ضرَرٌ بالمُزارِعِ فجُعِلَ هذا عُذْرًا في بَقاءِ العقدِ تَقْديرًا، فإذا بَقيَ العقدُ كان العملُ على المُزارِعِ خاصّةً كما كان قبلَ الموتِ، وهذا لا يَتَّضِحُ فإنِ اتَّفَقَ أحدُهما من غيرِ إذنِ صاحبه ومن غيرِ أمرِ [3] القاضي فهو مُتَطَوِّعٌ ولو أرادَ صاحبُ الأرضِ أنْ يَأخُذَ الزَّرْعَ بَقْلًا لم يَكُنْ له ذلك؛ لأنّ فيه ضرَرًا بالمُزارِعِ ولو أرادَ المُزارِعُ أنْ يَأخُذَه بَقْلًا فصاحبُ الأرضِ بين خياراتٍ ثلاثٍ: إنْ شاء قَلَعَ الزَّرْعَ فيكونُ بينهما، وإنْ شاء أعطَى المُزارِعَ قيمةَ نَصيبه من الزَّرْعِ، وإنْ شاء أنْفَقَ هو على الزَّرْعِ من مالِه ثم يرجعُ على المُزارِعِ بحِصَّتِه؛ لأنّ فيه رِعايةَ الجانِبَيْنِ.

---

(١) في المخطوط: «لأنه».

(٢) في المخطوط: «الشرع».

(٣) في المخطوط: «إذن».

(وأمّا) في موتِ أحدِ المُتعاقِدَيْنِ: أمّا إذا مات رَبُّ الأرضِ بعدَما دَفَعَ الأرضَ مُزارَعةً ثلاثَ سِنينَ ونَبَتَ الزَّرْعُ وصارَ بَقْلاً تُتْرَكُ الأرضُ في يَدَيِ المُزارِعِ إلى وقتِ الحصادِ، ويُقْسَمُ على الشّرطِ المذكورِ؛ لأنّ في التّرْكِ إلى وقتِ الحصادِ نَظَرًا من الجانِبَيْنِ، وفي القَلْعِ إضْرارًا بأحدِهما وهو المُزارِعُ، ويكونُ العملُ على المُزارِعِ خاصّةً لِبَقاءِ العقدِ تَقْديرًا في هذِه السَّنةِ في هذا الزَّرْعِ، وإنْ مات المُزارِعُ والزَّرْعُ بَقْلٌ فقال ورَثَتُه: نَحْنُ نَعْمَلُ على شرطِ المُزارَعةِ وأبَى ذلك صاحبُ الأرضِ فالأمرُ إلى ورَثةِ المُزارِعِ؛ لأنّ في القَلْعِ ضررًا بالورَثةِ [1] ولا ضررَ بصاحبِ الأرضِ في التّرْكِ إلى وقتِ الإدْراكِ، وإذا تَرَكَ لا أجرَ للوَرَثةِ فيما يعملونَ؛ لأنّهم يعملونَ على حُكْمِ عقدِ أبيهم تَقْديرًا فكأنّه يعملُ أبوهم.

وإنْ أرادَ الورَثةُ قَلْعَ الزَّرْعِ لم يُجْبَروا على العملِ؛ لأنّ العقدَ يَنْفَسِخُ [2] حَقيقةً إلاّ أنّا بَقَّيْناه باختيارِهم نَظَرًا لهم، فإنِ امتَنَعوا عن العملِ بَقِيَ [3] الزَّرْعُ مُشترَكًا، فإمّا أنْ يُقْسَمَ بينهم بالحِصَصِ أو يُعْطيَهم صاحبُ الأرضِ قدرَ [4] حِصَّتِهم من الزَّرْعِ البَقْلِ أو يُنْفِقَ من مالِ نفسِه إلى وقتِ الحصادِ ثم يرجعَ عليهم بحِصَّتِهم؛ لأنّ فيه رِعايةَ الجانِبَيْنِ واللّهُ - تعالى - أعلمُ.

* * *

(١) في المخطوط: «بالمزارع».
(٢) في المخطوط: «منفسخ».
(٣) في المخطوط: «لكن».
(٤) في المخطوط: «قيمة».



كتاب المعاملة



كتاب المعاملة

وَقد يُسَمَّى كِتابَ المُساقاةِ، والكَلامُ في هذا الكِتابِ في المَواضِعِ التي ذَكَرْناها في كتاب المُزارَعةِ.

أمّا معنى المعامَلةِ لغة: فهو مُفاعَلةٌ من العملِ.

وفي عُرفِ الشرعِ: عِبارةٌ عن العقدِ على العملِ ببعضِ الخارجِ مع سائرِ شَرائطِ الجوازِ.

وأمّا شرعيَّتُها: فقد اختَلَفَ العُلَماءُ فيها قال أبو حنيفةَ - رحمه الله -: إنّها غيرُ مشروعةٍ [(١)]. وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ - رحمهما الله - والشّافعيُّ - رحمه الله -: مشروعةٌ [(٢)]، واحتَجّوا بحَديثِ خَيْبَرَ أنّه ﷺ دَفَعَ نَخيلَهم مُعامَلةً.

ولأبي حنيفةَ - رحمه الله - أنّ هذا استئجارٌ ببعضِ الخارجِ، وأنّه مَنْهيٌّ عنه على ما ذَكَرْنا في كِتابِ المُزارَعةِ، وقد مَرَّ الجوابُ فيه عن الاستِدْلالِ بحَديثِ خَيْبَرَ فلا نُعيدُه.

-(**وأمّا) رُكنُها:** فهو الإيجابُ والقَبولُ [على نحوِ ما ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ من غيرِ تَفاوُتٍ] [(٣)].

وَأمّا الشَّرائطُ المُصَحِّحةُ لها [على قولِ مَنْ يُجيزُها] [(٤)] فما ذَكَرْنا في كِتابِ المُزارَعةِ:

-(**منها**): أنْ يكونَ العاقِدانِ عاقِلينِ فلا يجوزُ عقدُ مَنْ لا يَعْقِلُ فأمّا البلوغُ: فليس بشرطٍ، وكذا الحُرّيّةُ على نحوِ ما مَرَّ في كِتابِ المُزارَعةِ.

-(**ومنها**): أنْ لا يكونا مُرْتَدَّيْنِ في قولِ أبي حنيفةَ على قياس قولِ مَنْ أجازَ المُعامَلةَ حتى لو كان أحدُهما مُرْتَدًّا وُقِفَتِ المُعامَلةُ، ثم إنْ كان المُرْتَدُّ هو الدّافعَ فإنْ أسْلَمَ فالخارجُ بينهما على الشّرطِ وإنْ قُتِلَ أو مات أو لَحِقَ فالخارجُ كُلُّه لِلدّافعِ؛ لأنّه نَماءُ مِلْكِه وللآخَرِ أجرُ المثلِ [٣/ ٢٢٨ب] إذا عَمِلَ، وعندَهما الخارجُ بين العامِلِ المسلمِ وبين

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوى ص (٢٧)، تكملة فتح القدير (٩/ ٤٧٨- ٤٧٩)، البناية (١٠/ ٦١٣- ٦١٤).

(٢) ومذهب الشافعية: أن المساقاة جائزة، ولا تجوز المزارعة، لورود السُّنَّة بذلك، انظر: الأم (٣/ ٢٣٨)، الوسيط (٤/ ١٣٦)، الروضة (٥/ ١٥٠، ١٦٨).

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) ليست في المخطوط.

ورَثةِ الدّافعِ على الشّرطِ في الحالينِ كما إذا كانا مسلمَيْنِ .

وإنْ كان المُرْتَدُّ هو العامِلَ فإنْ أسْلَمَ فالخارجُ بينهما على الشّرطِ وإنْ قُتِلَ أو مات على الرِّدّةِ أو لَحِقَ فالخارجُ بين الدّافعِ المسلمِ وبين ورَثةِ العامِلِ المُرْتَدِّ على الشّرطِ بالإجماعِ لِما مَرَّ في المُزارَعةِ .

هذا إذا كانت المُعامَلةُ بين مسلم ومُرْتَدٍّ فأمّا إذا كانت بين مسلمَيْنِ ثم ارتَدّا أو ارتَدَّ أحدُهما فالخارجُ على الشّرطِ لِما مَرَّ (١) في كِتابِ المُزارَعةِ، ويجوزُ مُعامَلةُ المُرْتَدّةِ دَفْعًا وأخذًا بالإجماعِ .

-(ومنها): أنْ يكونَ المَدْفوعُ من الشّجرِ الذي فيه ثَمَرةُ مُعامَلةٍ فيما (٢) يَزيدُ ثَمَرُه بالعملِ، فإنْ كان المَدْفوعُ نَخْلًا فيه طَلْعٌ أو بُسْرٌ قد احمَرَّ أو اخضرَّ إلاّ أنّه لم يَتَناهَ عِظَمُه جازَتِ المُعامَلةُ وإنْ كان قد تَناهَى عِظَمُه إلاّ أنّه لم يَرْطُبْ فالمُعامَلةُ فاسدةٌ؛ لأنّه إذا تَناهَى عِظَمُه لا يُؤَثِّرُ فيه العملُ بالزّيادةِ عادةً فلم يوجَدِ العملُ المشروطُ عليه فلا يَسْتَحِقُّ الخارجَ بل يكونُ كُلُّه لِصاحبِ النّخْلِ .

-(ومنها): أنْ يكونَ الخارجُ لهما، فلو شَرَطا أنْ يكونَ لأحدِهما فسَدَتْ لِما عُلِمَ .

-(ومنها): أنْ تكونَ حِصّةُ كُلِّ واحدٍ منهما من بعضِ الخارجِ مُشاعًا مَعْلومَ القدرِ لِما عُلِمَ .

-(ومنها): أنْ يكونَ مَحَلُّ العملِ وهو الشّجرُ مَعْلومًا، (وبيانُ هذه الجُمْلةِ في كِتابِ) (٣) المُزارَعةِ .

-(ومنها): التّسْليمُ إلى العامِلِ وهو التّخْليةُ حتى لو شَرَطا العملَ عليهما فسَدَتْ لانعِدامِ التّخْليةِ فأمّا بيانُ المُدّةِ فليس بشرطٍ لِجوازِ المُعامَلةِ استحسانًا، ويَقَعُ على أوّلِ ثَمَرةٍ تَخرُجُ في أوّلِ السَّنةِ (٤) بخلافِ المُزارَعةِ .

والقياسُ أنْ يكونَ شرطًا؛ لأنّ تَرْكَ البيانِ يُؤَدّي إلى الجهالةِ كما في المُزارَعةِ إلاّ أنّه تُرِكَ القياسُ لِتَعامُلِ النّاس ذلك من غيرِ بيانِ المُدّةِ ولم يوجَدْ ذلك في المُزارَعةِ حتى إنّه لو

---

(١) في المخطوط: «ذكرنا».
(٢) في المخطوط: «مما».
(٣) في المخطوط: «لما ذكرنا».
(٤) في المخطوط: «سنة».

وُجِدَ التّعامُلُ به في موضِعٍ يجوزُ من غيرِ بيانِ المُدّةِ، وبه كان يُفْتي محمّدُ بنُ سَلَمةَ على ما مَرَّ في المُزارَعةِ.

ولو دَفَعَ أرضًا ليَزْرَعَ فيها الرِّطابَ أو دَفَعَ أرضًا فيها أُصولُ رَطْبةٌ نابِتةٌ ولم يُسَمِّ المُدّةَ فإنْ كان شيئًا ليس لابْتِداءِ نَباتِه ولا لانتِهاءِ جَذِّه [١] وقتٌ مَعْلومٌ فالمُعامَلةُ فاسدةٌ، وإنْ كان وقتُ جَذِّه مَعْلومًا يجوزُ ويَقَعُ على الجذّةِ الأولى كما في الشّجرةِ المُثْمِرةِ.

فصل [في الشروط المفسدة للمعاملة]

وأمّا الشّرائطُ المُفسِدةُ للمُعامَلةِ فأنواعٌ: دَخَلَ بعضُها في الشَّرائطِ المُصَحِّحةِ للعقدِ؛ لأنّ ما كان وُجودُه شرطًا لِلصِّحّةِ كان انعِدامُه شرطًا للإفْسادِ.

-**(منها)**: شرطُ كونِ الخارِجِ كُلِّه لأحدِهما.

-**(ومنها)**: شرطُ أنْ يكونَ لأحدِهما قُفْزانٌ مُسَمّاةٌ.

-**(ومنها)**: شرطُ العملِ على صاحبِ الأرضِ.

-**(ومنها)**: شرطُ الحمْلِ والحِفْظِ بعدَ القسمةِ على العامِلِ لِما ذَكَرْنا في كِتابِ المُزارَعةِ.

-**(ومنها)**: شرطُ الجِذاذِ والقِطافِ على العامِلِ بلا خلافٍ؛ لأنّه ليس من المُعامَلةِ في شيءٍ ولانعِدامِ التّعامُلِ به أيضًا فكان من بابِ مُؤنةِ المِلْكِ، والمِلْكُ مُشترَكٌ بينهما فكانت مُؤنَتُه عليهما على قدرِ مِلْكيهما [٢].

-**(ومنها)**: شرط عملٍ تَبْقى مَنْفَعَتُه بعدَ انقِضاءِ مُدّةِ المُعامَلةِ نحوُ السَّرْقَنةِ [٣] ونَصْبِ العَرائشِ وغَرْسِ الأشجارِ وتَقْليبِ الأرضِ وما أشبَهَ ذلك؛ لأنّه لا يَقْتَضيه العقدُ ولا هو من ضروراتِ المَعْقودِ عليه ومَقاصِدِه.

-**(ومنها)**: شَرِكةُ العامِلِ فيما يعملُ فيه؛ لأنّ العامِلَ أجيرُ رَبِّ الأرضِ، واستئجارُ الإنسانِ للعملِ في شيءٍ هو [فيه] [٤] شريكُ المُسْتَأجِرِ لا يجوزُ حتى إنّ النّخْلَ لو كان بين رجلينِ فدَفَعَه أحدُهما إلى صاحبه مُعامَلةً مُدّةً مَعْلومةً على أنّ الخارجَ بينهما أثلاثٌ ثُلُثاه لِلشَّريكِ العامِلِ وثُلُثُه لِلشّريكِ السّاكِتِ فالمُعامَلةُ فاسدةٌ والخارجُ بينهما على قدرِ المِلْكِ

(١) في المخطوط: «آخره».
(٢) في المخطوط: «الملك».
(٣) في المخطوط: «السرقية».
(٤) ليست في المخطوط.

ولا أجرَ للعامِلِ على شريكِه لِما مَرَّ أنّ في المُعامَلةِ معنى الإجارةِ، ولا يجوزُ الاستئجارُ لِعملٍ فيه الأجيرُ شريكُ المُسْتَأجِر وإذا عَمِلَ لا يَسْتَحِقُّ الأجرَ على شريكِه لِما عُرِفَ في الإجاراتِ ولا يُشْبِه هذا المُزارَعةَ؛ لأنّ الأرضَ إذا كانت مُشترَكةً بين اثنيْنِ دفَعَها أحدُهما إلى صاحبه مُزارَعةً على أنْ يَزْرَعَها ببَذْرِه وله ثُلُثا الخارِجِ أنّه تَجوزُ المُزارَعةُ؛ لأنّ هناك لم [١] يَتحَقَّقِ الاستئجارُ للعملِ في شيءِ الأجيرُ [٢] فيه شريكُ المُسْتَأجِرِ لانعِدامِ الشَّرِكةِ في البَذْرِ وهنا تَحقَّقَ لِثُبوتِ الشَّرِكةِ في [٣/ ٢٢٩أ] النّخْلِ فهو الفرْقُ، ولا يَتَصَدَّقُ واحدٌ منهما بشيءٍ من الخارِجِ؛ لأنّه خالِصُ مالِه لِكَوْنِه نَماءَ مِلْكِه.

ولو شَرَطا أنْ يكونَ الخارِجُ لهما على قدرِ مِلْكيهما جازَتِ المُعامَلةُ؛ لأنّ استحقاقَ كُلِّ واحدٍ منهما - أعني من الشَّريكينِ - الخارج لِكَوْنِه نَماءَ مِلْكِه لا بالعملِ بل العامِلُ منهما مُعينٌ لِصاحبه في العملِ من غيرِ عِوَضٍ فلم يَتَحَقَّقِ الاستئجارُ.

ولو أمَرَ الشَّريكُ السّاكِتُ الشَّريكَ العامِلَ أنْ يَشتريَ ما يُلَقِّحُ به النّخْلَ فاشتراه رجع عليه بنصفِ ثَمَنِه؛ لأنّه اشترى مالاً مُتَقَوِّمًا على الشَّرِكةِ بأمرِه فيرجعُ عليه، وسَواءٌ كان العامِلُ في عقدِ المُعامَلةِ واحدًا أو أكثرَ حتى لو دَفَعَ رجلٌ نَخْلَه إلى رجلينِ مُعامَلةً بالنِّصْفِ أو بالثُّلُثِ جازَ وسَواءٌ سَوّى بينهما في الاستحقاقِ أو جعل لأحدِهما فضْلاً؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما أجيرُ صاحبِ الأرضِ فكان استحقاقُ كُلِّ واحدٍ منهما بالشّرطِ فيَتَقَدَّرُ بقدرِ الشّرطِ ولو شُرِطَ لأحدِ العامِلينِ مِائةُ درهَم على رَبِّ الأرضِ والآخَرِ ثُلُثُ الخارِجِ ولِرَبِّ الأرضِ الثُّلُثانِ جازَ؛ لأنّ الواجبَ لِكُلِّ واحدٍ منهما أُجرةٌ [٣] مشروطةٌ فيجبُ على حَسْبِ ما يَقْتَضيه الشّرطُ.

ولو شَرَطا لِصاحبِ النّخْلِ الثُّلُثَ ولأحدِ العامِلينِ الثُّلُثَيْنِ وللآخَرِ أجرُ مِائةِ درهَم على العامِلِ الذي شُرِطَ له الثُّلُثانِ فهو فاسدٌ ولا يُشْبِه هذا المُزارَعةَ إنّ مَنْ دَفَعَ الأرضَ [٤] مُزارَعةً على أنّ لِرَبِّ الأرضِ الثُّلُثَ ولِلزّارِعِ الثُّلُثانِ على أنْ يعملَ فُلانٌ معه بثُلُثِ الخارِجِ أنّ المُزارَعةَ جائزةٌ بين رَبِّ الأرضِ والمُزارِعِ فاسدةٌ في حَقِّ الثالِثِ؛ لأنّ المُعامَلةَ استئجارُ العامِلِ، والأُجرةُ تَجِبُ على المُسْتَأجِرِ دونَ الأجيرِ [لأن الأجرة] [٥] بمُقابَلةِ العملِ

(١) في المخطوط: «لا».
(٢) في المخطوط: «آخر خير».
(٣) في المخطوط: «لغة».
(٤) في المخطوط: «أرضه».
(٥) زيادة من المخطوط.

والعملُ للمُسْتَأجِرِ فكانت الأُجْرةُ عليه فإذا اشترطَها على الأجيرِ فقد استأجَرَه ليعملَ له على أنْ تكونَ الأُجْرةُ على غيرِه ولا سَبيلَ إليه ففَسَدَ العقدُ، وهذا هو الموجِبُ للفَسادِ في حَقِّ الثَّالِثِ في بابِ المُزارَعةِ لا (١) أنّه صَحَّ فيما بين صاحبِ الأرضِ والمُزارِعِ؛ لأنّه جُعِلَ بمنزِلةِ عقدَيْنِ ففَسادُ أحدِهما لا يوجِبُ فسادَ الآخرِ وهذا مع هذا التّكلُّفِ غيرُ واضِحٍ ويَتَّضِحُ إنْ شاء الله تعالى.

فصل [في حكم المعاملة الصحيحة عند من يجيزها]

وَأمّا حُكْمُ المُعامَلةِ الصّحيحةِ (عند مُجيزِها) (٢) فأنْواعٌ:

-(**منها**): أنّ كُلَّ ما كان من عملِ المُعامَلةِ مِمّا يَحْتاجُ إليه الشّجرُ والكَرْمُ والرِّطابُ وأُصولُ الباذِنْجانِ من السَّقْيِ وإصْلاح النّهْرِ والحِفْظِ والتّلْقيحِ لِلنّخْلِ فعلى العامِلِ؛ لأنّها من تَوابِعِ المَعْقودِ عليه فيَتَناوَلُه العقدُ، وكُلَّما (٣) كان من بابِ النّفَقةِ على الشّجرِ والكَرْمِ والأرضِ من السرقنة وتَقْليبِ الأرضِ - التي فيها الكَرْمُ والشّجرُ والرِّطابُ - ونَصْبِ العَرائشِ ونحوِ (٤) ذلك فعليهما على قدرِ حَقَّيْهما؛ لأنّ العقدَ لم يَتَناوَلْه لا مقصودًا ولا ضرورةً وكذلك الجِذاذُ والقِطافُ؛ لأنّ ذلك يكونُ بعدَ انتِهاءِ العملِ فلا يكونُ من حُكْمِ عقدِ المُعامَلةِ.

-(**ومنها**): أنْ يكونَ الخارِجُ بينهما على الشّرطِ لِما مَرَّ.

-(**ومنها**): أنّه إذا لم يُخْرِجِ الشّجرُ شيئًا فلا شيءَ لِواحدٍ منهما بخلافِ المُزارَعةِ الفاسدةِ (لِما مَرَّ من) (٥) الفرْقِ في كِتابِ المُزارَعةِ.

-(**ومنها**): أنّ هذا العقدَ لازِمٌ من الجانِبَيْنِ حتى لا يَمْلِكَ أحدُهما الامتِناعَ والفسخَ من غيرِ رِضا صاحبه إلاّ من عُذْرٍ بخلافِ المُزارَعةِ فإنّها غيرُ لازِمةٍ في جانِبِ صاحبِ البَذْرِ، وقد مَرَّ الفرْقُ.

-(**ومنها**): وِلايةُ جَبْرِ العامِلِ على العملِ إلاّ من عُذْرٍ [على ما قدَّمْناه] (٦).

---

(١) في المخطوط: «إلا».
(٢) في المخطوط: «على قول من يجيزها».
(٣) في المخطوط: «وكل ما».
(٤) في المخطوط: «وغير».
(٥) في المخطوط: «وقد مر».
(٦) ليست في المخطوط.

-(ومنها): جوازُ الزّيادةِ على الشّرطِ والحطِّ عنه وانعِدامُ الجوازِ، والأصلُ فيه ما مَرَّ في كِتابِ المُزارَعةِ أنّ كُلَّ موضِعٍ احتَمَلَ إنْشاء العقدِ احتَمَلَ الزّيادةَ وإلاّ فلا، والحطُّ جائزٌ في الموضِعَيْنِ أصلُه بالزّيادةِ في الثّمَنِ والمُثمَّنِ، فإذا دَفَعَ نَخْلًا بالنِّصْفِ مُعامَلةً فخَرَجَ الثّمَرُ فإنْ لم يَتَناهَ عِظَمُه جازَتِ الزّيادةُ منهما أيَّهما كان؛ لأنّ (الإنْشاء للعقدِ) [1] في هذِه الحالةِ جائزٌ فكانت الزّيادةُ جائزةً.

ولو تَناهَى عِظَمُ البسْرِ جازَتِ الزّيادةُ من العامِلِ لِرَبِّ الأرضِ شيئًا ولا تَجوزُ الزّيادةُ من رَبِّ الأرضِ للعامِلِ شيئًا؛ لأنّ هذِه زيادةٌ في الأُجْرةِ؛ [لأنّ العامِلَ أجيرٌ والمَحَلُّ لا يحتملُ الزّيادةَ.

ألا تَرَى أنّه لا يحتملُ الإنْشاء، والأوّلُ حَطٌّ من الأُجْرةِ] [2] واحتِمالُ الإنْشاءِ ليس بشرطٍ لِصِحّةِ الحطِّ.

-(ومنها) [3]: أنّ العامِلَ لا يَمْلِكُ أنْ يَدْفَعَ إلى غيرِه مُعامَلَةً إلاّ إذا قال [٣/ ٢٢٩ب] له رَبُّ الأرضِ اعمَلْ فيه برَأْيِك؛ لأنّ الدَّفْعَ إلى غيرِه إثْباتُ الشَّرِكةِ في مالِ غيرِه بغيرِ إذنِه فلا يَصِحُّ.

وإذا قال له اعمَلْ فيه برَأْيِك فقد أذِنَ له فصَحَّ ولو لم يَقُلْ له اعمَلْ برَأْيِك فيه فدَفَعَ العامِلُ إلى رجلٍ آخَرَ مُعامَلَةً فعَمِلَ فيه فأخْرَجَ فهو لِصاحبِ النّخْلِ ولا أجرَ للعامِلِ الأوّلِ؛ ولأنّ استحقاقَه بالشّرطِ - وهو شرطُ العملِ - ولم يوجَدْ منه العملُ بنفسِه ولا بغيرِه أيضًا؛ لأنّ عقدَه معه لم يَصِحَّ فلم يَكُنْ عملُه مُضافًا إليه وله على العامِلِ الأوّلِ أجرُ مثلِ عملِه يومَ عَمِلَ؛ لأنّه عَمِلَ له بأمرِه فاستَحَقَّ أجرَ المثلِ ولو هَلك الثّمَرُ في يَدِ العامِلِ الأخيرِ مِنّا غيرِ عملِه وهو في رُءوسِ النّخْلِ فلا ضَمانَ على واحدٍ منهما لانعِدامِ الغَصْبِ من واحدٍ منهما وهو تفويتُ يَدِ المالِكِ.

ولو هَلك من عملِه في أمرٍ خالَفَ فيه أمرَ العامِلِ الأوّلِ فالضَّمانُ لِصاحبِ النّخْلِ على العامِلِ الآخَرِ دونَ الأوّلِ؛ لأنّ الخلافَ قَطَعَ نِسْبةَ عملِه إليه فبَقِيَ مُتْلِفًا على المالِكِ مالَه فكان الضَّمانُ عليه ولو هَلك في يَدِه من عملِه في أمرٍ لم يُخالِفْ فيه أمرَ العامِلِ الأوّلِ

---

(١) في المخطوط: «إنشاء العقد».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «ومن أحكام المعاملة».

فلِصاحبِ النّخْلِ أنْ يُضَمِّنَ أيّهما شاء؛ لأنّه إذا لم يوجَدْ منه بخلافِ بَقيَ عملُه مُضافًا إليه (كأنّه عَمِلَ لِنفسِه) [١] فكان له أنْ يُضَمِّنَه وله أنْ يُضَمِّنَ الثّانيَ؛ لأنّه في معنى غاصِبِ الغاصِبِ، فإنِ اختارَ تَضْمينَ الأوّلِ لم يرجعْ على الآخَرِ بشيءٍ؛ لأنّه عَمِلَ بأمرِ الأوّلِ فلو رجع عليه لَرجع هو عليه أيضًا فلا يُفيدُ، وإنِ اختارَ تَضْمينَ الآخَرِ يرجعُ على الأوّلِ؛ لأنّه غَرَّه في هذا العقدِ فيرجعُ عليه بضَمانِ الغُرورِ وهو ضَمانُ السَّلامةِ.

هذا إذا لم يَقُلْ له اعمَلْ فيه برَأيِك فأمّا إذا قال وشَرَطَ له النِّصْفَ فدَفَعَه إلى رجلٍ آخَرَ بثُلُثِ الخارِجِ فهو جائزٌ لِما ذَكَرْنا، وما خَرَجَ من الثّمَرِ فنصفُه لِرَبِّ النّخْلِ والسُّدُسُ للعامِلِ الأوّلِ؛ لأنّ شرطَ الثُّلُثِ يرجعُ إلى نَصيبه خاصّةً؛ لأنّ العملَ واجبٌ عليه فيبقى [٢] له السُّدُسُ ضرورةً.

وذَكَرَ محمّدٌ - رحمه الله - في الأصلِ أنّه إذا لم يَقُلِ: اعمَلْ [فيه] [٣] برَأيِك وشَرَطَ له شيئًا مَعْلومًا وشَرَطَ الأوّلُ لِلثّاني مثلَ ذلك فهما فاسدانِ ولا ضَمانَ على العامِلِ الأوّلِ.

فصل [في حكم المعاملة الفاسدة]

وَأمّا حُكْمُ المُعامَلةِ الفاسدةِ فأنْواعٌ ذَكَرْناها في المُزارَعةِ.

منها: أنّه لا يُجْبَرُ العامِلُ على العملِ؛ لأنّ الجبْرَ على العملِ بحُكْمِ العقدِ ولم يَصِحَّ.

ومنها: أنّ الخارجَ كُلَّه لِصاحبِ الأرضِ؛ لأنّ استحقاقَ الخارجِ لِكَوْنِه نَماءَ مِلْكِه واستحقاقَ العامِلِ بالشّرطِ ولم يَصِحَّ فيكونُ لِصاحبِ المِلْكِ، ولا يَتَصَدَّقُ بشيءٍ منه؛ لأنّه حَصَلَ عن خالصِ مِلْكِه.

ومنها: أنّ أجرَ المثلِ لا يجبُ في المُعامَلةِ الفاسدةِ ما لم يوجَدِ العملُ لِما ذَكَرْنا في المُزارَعةِ.

ومنها: أنّ وُجوبَ أجرِ المثلِ فيها لا يَقِفُ على الخارِجِ بل يجبُ وإنْ لم يُخْرِجِ الشّجرُ شيئًا بخلافِ المُعامَلةِ الصّحيحةِ، وقد ذَكَرْنا [٤] الفرْقَ في كِتابِ المُزارَعةِ.

ومنها: أنّ أجرَ المثلِ فيها يجبُ مُقَدَّرًا بالمُسَمّى لا يَتَجاوَزُ عنه عند أبي يوسفَ وعند

---

(١) في المخطوط: «فإنه عمل بنفسه».

(٢) في المطبوع: «فبقى».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «مر».

محمّدٍ يجبُ تامًّا وهذا الاختِلافُ فيما إذا كانت حِصّةُ كُلٍّ واحدٍ منهما مُسَمّاةً في العقدِ فإنْ لم تَكُنْ مُسَمّاةً في العقدِ يجبُ أجرُ المثلِ تامًّا بلا خلافٍ، وقد مَرَّتِ المسألةُ في [كِتابِ] (١) المُزارَعةِ.

فصل [في الأعذار التي تفسخ بها]

وَأمّا المَعاني التي هي عُذْرٌ في فسخِها (٢) فما ذَكَرْنا في كِتابِ المُزارَعةِ، ومن الأعذارِ التي في جانِبِ العامِلِ أنْ يكونَ سارِقًا مَعْروفًا بالسَّرِقةِ فيُخافُ [على] (٣) الثّمَر والسَّعَف.

فصل [فيما ينفسخ به عقد المعاملة]

وَأمّا الذي يَنْفَسِخُ به عقدُ المُعامَلةِ فأنْواعٌ:

منها (٤): صَريحُ الفسخِ.

ومنها: الإقالةُ.

ومنها: انقِضاءُ المُدّةِ.

ومنها: موتُ المُتَعاقِدَيْنِ، وقد مَرَّ في كِتابِ المُزارَعةِ.

فصل [في حكم المعاملة المنفسخة]

وَأمّا حُكْمُ المُعامَلةِ المُنْفَسِخةِ: فعلى نحوِ حُكْمِ المُزارَعةِ المُنْفَسِخةِ - واللّه تعالى أعلمُ.

* * *

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فسخ المعاملة».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «فمنها».

كتاب الشرب



كِتَابُ الشِّرْبِ(١)

الكَلامُ في هذا الكِتابِ في مَواضِعَ: في بيانِ معنى الشِّرْبِ لُغةً وشرعًا وفي بيانِ أنْواعِ المياه وفي بيانِ حُكْمِ كُلِّ نوعٍ منها.

أمّا الأوّل: فالشِّرْبُ في اللُّغةِ عِبارةٌ عن الحظِّ والنّصيبِ من الماءِ قال الله تعالى عَزَّ شَأنُه: ﴿هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشعراء:١٥٥] وفي الآيةِ الكَريمةِ دَلالةٌ على جوازِ قسمةِ الشِّرْبِ بالأيّامِ؛ لأنّ الله - سبحانه وتعالى عَزَّ اسمُه - أخْبَرَ عن نَبيِّه سَيِّدِنا صالِحٍ - عليه الصلاة والسلام - قبلَ ذلك ولم يَعْقُبْه بالفسخِ فصارَتْ شريعةً لَنا مُبْتَدَأةً، وبِها اسْتَدَلَّ محمّدٌ - رحمه الله - في «كِتابِ الشِّرْبِ» لِجوازِ قسمةِ الشِّرْبِ بالأيّامِ.

وفي عُرْفِ الشّرعِ عِبارةٌ عن حَقِّ الشِّرْبِ والسَّقْيِ.

وأمّا بيانُ أنْواعِ المياه فنَقولُ: المياه أربَعةُ أنْواعٍ:

الأوّلُ: الماءُ الذي يكونُ في الأواني والظُّروفِ.

والثاني: الماءُ الذي يكونُ في الآبارِ والحياضِ والعُيونِ.

والثالِثُ: ماءُ الأنْهارِ الصِّغارِ التي تكونُ لأقوامٍ مَخْصوصينَ.

والرّابعُ: ماءُ الأنْهارِ العِظامِ كجَيْحُونَ وسَيْحُونَ ودِجْلةَ والفُراتِ ونحوِها.

أمّا بيانُ حُكْمِ كُلِّ نوعٍ منها على القسمةِ:

أمّا الأوّلُ: فهو مملوكٌ لِصاحبه لا حَقَّ لأحدٍ فيه؛ لأنّ الماءَ وإنْ كان مُباحًا في الأصلِ لَكِنّ المُباحَ يُمْلَكُ بالاستيلاءِ إذا لم يَكُنْ مملوكًا لِغيرِه كما إذا استَوْلى على الحطَبِ والحشيشِ والصَّيْدِ فيجوزُ بيعُه كما يجوزُ بيعُ هذِه الأشياءِ وكذا السَّقّاءونَ يَبيعونَ المياهَ المَحْروزةَ في الظُّروفِ، به جرَتِ العادةُ في الأمصارِ وفي سائرِ الأعصارِ من غيرِ نكيرٍ فلم يَحِلَّ لأحدٍ أنْ يَأخُذَ منه فيَشْرَبَ من غيرِ إذنِه.

ولو خافَ الهَلاكَ على نفسِه من العَطَشِ فسَألَه فمَنَعَه فإنْ لم يَكُنْ عندَه فضْلٌ فليس له أنْ يُقاتِلَه أصلًا؛ لأنّ هذا دَفَعَ الهَلاكَ عن نفسِه بإهلاكِ غيرِه لا بقَصْدِ إهلاكِه، وهذا لا يجوزُ

(١) تم مقابلة كتاب الشرب على نسخة قديمة.

وإنْ كان عندَه فضْلُ ماءٍ عن حاجَتِه فللممنوعِ أنْ يُقاتِلَه ليَأخُذَ منه الفضْلَ لَكِنْ بما دونَ السِّلاح، كما إذا أصابَتْه مَخْمَصةٌ وعند صاحبه فضْلُ طَعامٍ فسَألَه فمَنَعَه وهو لا يجِدُ غيرَه.

وأمّا الثّاني: الماءُ الذي يكونُ في الحياضِ والآبارِ والعُيونِ فليس بمملوكٍ لِصاحبٍ بل هو مُباحٌ في نفسِه، سَواءٌ كان في أرضٍ مُباحةٍ أو مملوكةٍ لَكِنْ له حَقٌّ خاصٌّ فيه؛ لأنّ الماءَ في الأصلِ خُلِقَ مُباحًا لِقولِ النّبيِّ - عليه الصلاة والسلام: **«النّاسُ شُركاءُ في ثلاثٍ الماءِ والكَلأِ والنّارِ»** [1] والشَّركةُ العامّةُ تَقْتَضي الإباحةَ إلاّ أنّه إذا جُعِلَ في إناءٍ وأحْرَزَه به فقد استَوْلى عليه وهو غيرُ مملوكٍ لأحدٍ فيَصيرُ مملوكًا للمُسْتَوْلي كما في سائرِ المُباحاتِ الغيرِ المملوكةِ، وإذا لم يوجَدْ ذلك بَقِيَ على أصلِ الإباحةِ الثّابِتةِ بالشّرعِ فلا يجوزُ بيعُه؛ لأنّ مَحَلَّ البيعِ هو المالُ المملوكُ وليس له أنْ يَمْنَعَ النّاسَ من الشَّفةِ - وهو الشُّرْبُ بأنْفُسِهم - وسَقْيِ دَوابِّهم منه؛ لأنّه مُباحٌ لهم وقد رويَ أنّ رَسولَ الله ﷺ نَهَى عن مَنْعِ نَبْعِ البِئْرِ [2] وهو فضْلُ مائها الذي يخرجُ منها، فلَهم أنْ يَسْقوا منها لِشِفاههم ودَوابِّهم فأمّا لِزُروعِهم وأشجارِهم فلَه أنْ يَمْنَعَ ذلك لِما في الإطْلاقِ من إبطالِ حَقِّه أصلاً إلاّ إذا كان ذلك في أرضٍ مملوكةٍ فلِصاحِبِها أنْ يَمْنَعَهم عن الدُّخولِ في أرضِه إذا لم يُضْطَرّوا إليه بأنْ وجَدوا غيرَه؛ لأنّ الدُّخولَ إضْرارٌ به من غيرِ ضرورةٍ فلَه أنْ يَدْفَعَ الضَّرَرَ عن نفسِه وإنْ لم يجِدوا غيرَه واضْطُرّوا وخافوا الهَلاكَ يُقالُ له: إمّا أنْ تَأذَنَ بالدُّخولِ، وإمّا أنْ تُعْطيَ بنفسِك فإنْ لم يُعْطِهم ومَنَعَهم من الدُّخولِ لهم أنْ يُقاتِلوه بالسِّلاح ليَأخُذوا قدرَ ما يَنْدَفِعُ به الهَلاكُ عنهم، والأصلُ فيه ما رويَ أنّ قَوْمًا ورَدوا ماءً فسَألوا أهلَه أنْ يَدُلّوهم على البِئْرِ فأبَوْا وسَألوهم أنْ يُعْطوهم دَلْوًا فأبَوْا فقالوا لهم: إنّ أعناقَنا وأعناقَ مَطايانا كادَتْ تُقْطَعُ، فأبَوْا فذَكَروا ذلك لِسَيِّدِنا عُمَرَ - رضي الله عنه - فقال: هَلاّ وضَعْتُمْ فيهم السِّلاحَ؟ بخلافِ الماءِ المُحْرَزِ في الأواني والطَّعام حالةَ المَخْمَصةِ؛ لأنّ الماءَ هناك مملوكٌ لِصاحبه وكذا الطَّعامُ فلا بُدَّ من مُراعاةِ حُرْمةِ المِلْكِ لِحُرْمةِ القِتالِ بالسِّلاح، ولا مِلْكَ هناك بل هو على

---

(١) صحيح: أخرجه ابن ماجه، كتاب: الأحكام، باب: المسلمون شركاء في ثلاث. . .، برقم (٢٤٧٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وانظر صحيح سنن ابن ماجه.

(٢) أخرجه البخاري (بمعناه)، كتاب: المساقاة، باب: من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروي، برقم (٢٣٥٣)، ومسلم، كتاب: المساقاة، باب: تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة، برقم (١٥٦٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

الإباحةِ الأصليّةِ على ما بيّنّا، فإذا مَنَعه أحدٌ ما له حَقُّ أخْذِه قاتَلَه بالسِّلاح كما إذا مَنَعه مالَه المملوكَ.

وأمّا الثّالِث: الماءُ الذي يكونُ في الأنْهارِ التي تكونُ لأقوامٍ مَخصوصينَ فيَتَعلَّقُ به أحْكامٌ: بعضُها يرجعُ إلى نفسِ الماءِ، وبعضُها يرجعُ إلى الشِّرْبِ، وبعضُها يرجعُ إلى النّهْرِ.

أمّا الذي يرجعُ إلى نفسِ الماءِ، فهو أنّه غيرُ مملوكٍ لأحدٍ لِما ذَكَرْنا أنّ الماءَ خُلِقَ مُباحَ الأصلِ بالنّصّ وإنّما يَأخُذُ حُكْمَ المِلْكِ بالإحرازِ بالأواني فلا يجوزُ بيعُه لِعَدَمِ المِلْكِ.

ولو قال: اسقِني يومًا من نَهْرِك على أنْ أسْقيَك يومًا من نَهْرٍ كذا لا يجوزُ؛ لأنّ هذا مُبادَلةُ الماءِ بالماءِ فيكونُ بيعًا أو إجارةَ الشِّرْبِ بالشِّرْبِ، وكُلُّ ذلك لا يجوزُ، ولا تَجوزُ إجارتُه؛ لأنّ الإجارةَ تمليكُ المَنْفَعةِ لا تمليكُ العَيْنِ بمَنافعِها ليستْ بمملوكةٍ.

ولو استَأجَرَ حَوْضًا أو بئرًا ليَسْقيَ منه ماءً لا يجوزُ؛ لأنّ هذا استئجارُ الماءِ، وكذا لو استَأجَرَ النّهْرَ ليَصيدَ منه السّمكَ؛ لأنّ هذا استئجارُ السّمكِ، وكذا لو استَأجَرَ أجَمةً ليَحْتَطِبَ؛ لأنّ هذا استئجارٌ لِحَطَبٍ والأعيانُ لا تحتملُ الإجارةَ وليس لِصاحبِ النّهْرِ أنْ يَمْنَعَ من الشَّفةِ: وهو شُرْبُ النّاس والدَّوابِّ، وله أنْ يَمْنَعَ من سَقْيِ الزَّرْعِ والأشجارِ؛ لأنّ له فيه حَقًّا خاصًّا وفي إطْلاقِ السَّقْيِ إبطالُ حَقِّه؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ يَتَبادرُ إليه فيَسْقي منه زَرْعَه وأشجارَه فيَبْطُلُ حَقُّه أصلاً.

ولو أذِنَ بالسَّقْيِ والنّهْرُ خاصٌّ له جازَ، ؛ لأنّه أبطَلَ حَقَّ نفسِه.

وأمّا الذي يرجعُ إلى الشِّرْبِ: فهو أنّه لا يجوزُ بيعُه مُنْفَرِدًا؛ بأنْ باع شِرْبَ يومٍ أو أكثرَ؛ لأنّه عِبارةٌ عن حَقِّ الشِّرْبِ والسَّقْيِ والحُقوقُ لا تحتملُ الإفْرادَ بالبيعِ والشِّراءِ. ولو اشترى به دارًا وعبدًا وقَبَضَهما، لَزِمَه رَدُّ الدّارِ والعبدِ؛ لأنّه مقبوضٌ بحُكْمِ عقدٍ فاسدٍ فكان واجبَ الرَّدِّ كما في سائرِ البياعاتِ الفاسدةِ ولا شيءَ على البائعِ بما انتَفَعَ به من الشِّرْبِ.

ولو باع الأرضَ مع الشِّرْبِ جازَ تَبَعًا للأرضِ، ويجوزُ أنْ يجْعَلَ الشّيءَ تبَعًا لِغيرِه، وإنْ كان لا يجْعَلُه مقصودًا بنفسِه كأطْرافِ الحيَوانِ، ولا يدخلُ الشِّرْبُ في بيعِ الأرضِ إلاّ بالتّسْميةِ صَريحًا أو بذِكْرِ ما يَدُلُّ عليه بأنْ يقولَ: بِعْتُها بحُقوقِها أو بمَرافِقِها أو كُلُّ قليلٍ وكَثيرٍ هو لها داخِلٌ فيها وخارِجٌ عنها من حُقوقِها، فإنْ لم يَذْكُرْ شيئًا من ذلك لا يدخلُ؛

لأنّ اسمَ الأرضِ بصيغَتِه وحُروفِه لا يَدُلُّ على الشِّرْبِ ولا تَجوزُ إجارَتُه مُفْرَدًا؛ لأنّ الحُقوقَ لا تحتملُ الإجارةَ على الانفِرادِ كما لا تحتملُ البيعَ وكذا لو جعله أُجْرةً في إجارةِ الدّارِ والعبدِ ونحوِ ذلك لا يجوزُ؛ لأنّ الأُجْرةَ في بابِ الإجارةِ كالثّمَنِ في بابِ البيعِ وإنّه لا يَصْلُحُ ثَمَنًا في البياعاتِ فلا يَصْلُحُ أُجْرةً في الإجاراتِ ولو انتَفَعَ بالدّارِ والعبدِ لَزِمَه أجرُ مثلِه؛ لأنّه استَوْفَى مَنْفَعةَ المَعْقودِ عليه عقدًا فاسدًا، فيَلْزَمُه أُجْرةُ المثلِ كما في سائرِ الإجاراتِ الفاسدةِ.

ولو استَأجَرَ الأرضَ مع الشِّرْبِ جازَ تَبَعًا للأرضِ؛ كما في البيعِ على ما ذَكَرْنا ولو استَأجَرَ أرضًا ولم يَذْكُرِ الشِّرْبَ والمَسيلَ أصلاً فالقياسُ أنْ لا يكونَ الشِّرْبُ والمَسيلُ كما في البيعِ.

وفي الاستحسانِ كانا له ويدخلا تَحْتَ إجارةِ الأرضِ من غيرِ تسميةٍ نَصًّا لِوُجودِها دَلالةً؛ لأنّ الإجارةَ تمليكُ المَنْفَعةِ بعِوَضٍ ولا يُمْكِنُ الانتِفاعُ بالأرضِ بدونِ الشِّرْبِ فيَصيرُ الشِّرْبُ مذكورًا بذِكْرِ الأرضِ دَلالةً بخلافِ البيعِ؛ لأنّ البيعَ تمليكُ العَيْنِ والعَيْنُ تحتملُ المِلْكَ بدونِه، ولا تَجوزُ هبتُه والتّصدُّقُ به؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما تمليكٌ والحُقوقُ المُفْرَدةُ لا تحتملُ التّمليكَ، ولا يجوزُ الصُّلْحُ عليه بأنْ صالَحَ من دَعْوَى على شِرْبٍ سَواءٌ كان دَعْوَى المالِ أو الحقِّ من القِصاصِ في النّفْسِ وما دونَه؛ لأنّ الصُّلْحَ في معنى البيعِ إلاّ أنّه يُسْقِطُ القِصاصَ ويكونُ الصُّلْحُ كأنّه على العَفْوِ لِما ذَكَرْنا في «**كِتابِ الصُّلْحِ**»، ولأنّ صورةَ الصُّلْحِ أورَثَتْ شُبْهةً والقِصاصُ لا يُسْتَوْفَى مع الشُّبُهاتِ وتَجِبُ على القاتِلِ والجارِحِ الدِّيَةُ وأرشُ الجِنايةِ ولا تَصِحّ تسميَتُه في «**بابِ النّكاحِ**» بأنْ تزوّجَ امرأةً عليه وعلى الزّوْجِ مَهْرُ المثلِ؛ لأنّ النّكاحَ تَصَرُّفُ تمليكٍ وأنّه لا يحتملُ التّمليكَ، وإذا لم تَصِحّ التّسْميةُ يجبُ العِوَضُ الأصليُّ وهو مَهْرُ المثلِ ولا تَصِحُّ تسميَتُه في الخُلْعِ بأنِ اختَلَعَتِ المَرْأةُ من نفسِها عليه وعليها رَدُّ المَأخوذِ من المَهْرِ؛ لأنّ تسميَتَه في معرضِ التّمليكِ إنْ لم يَصِحَّ فهو مالٌ لِكَوْنِه مَرْغوبًا فيه فمن حيث إنّه لم يحتملِ التّمليكَ لم يَصْلُحْ بَدَلَ الخُلْعِ، ومن حيث هو مالٌ مَرْغوبٌ فيه في نفسِه لم يَبْطُلْ ذلك أصلاً فيَظْهَرُ في وُجوبِ رَدِّ المَأخوذِ، وهذا أصليٌّ في بابِ الخُلْعِ مَحفوظٌ أنّه شيءٌ تَعَذَّرَ تسليمُ البَدَلِ المذكورِ وهو مالٌ مَرْغوبٌ في نفسِه يجبُ عليها رَدُّ المَأخوذِ من المَهْرِ ومورِّثِه؛ لأنّ الإرْثَ لا يَقِفُ على

المِلْكِ لا مَحالةَ بل يَثْبُتُ في حَقِّ المالِ كما يَثْبُتُ في المِلْكِ كخيارِ العَيْبِ ونحوِ ذلك ويوصي به حتى لو أوصَى لِرجلٍ أنْ يَسْقيَ أرضَه مُدّةً مَعْلومةً من شِرْبه جازَتِ الوصيّةُ وتُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ؛ لأنّ الوصيّةَ وإنْ كان تمليكًا لَكِنّها تمليكٌ بعدَ الموتِ .

ألا تَرَى أنّ الموصَى له لا يَمْلِكُ الموصَى به في الحالِ وإنّما يَمْلِكُ بعدَ الموتِ فأشبَهَ الميراثَ ، فإذا احتَمَلَ الإرْثَ احتَمَلَ الوصيّةَ التي هي أُخْتُ الميراثِ .

وإذا مات الموصَى له تَبْطُلُ الوصيّةُ حتى لا تَصيرَ ميراثًا لِوَرَثةِ الموصَى له؛ لأنّ الشِّرْبَ ليس بعَيْنِ مالٍ بل هو حَقٌّ ماليٌّ وشِبْه الخِدْمةِ، ثم الوصيّةُ بالخِدْمةِ تَبْطُلُ بموتِ الموصَى له ولا تَصيرُ ميراثًا، فكذلك الوصيّةُ بالشِّرْبِ ولو أوصَى أنْ يُتَصَدَّقَ بالشِّرْبِ على المَساكينِ لم يَصِحَّ؛ لأنّه لَمّا لم يحتملِ التّمليكَ بالتّصَدُّقِ استَوَى فيه الحالُ والإضافةُ إلى ما بعدَ الموتِ بالوصيّةِ ويَسْقي كُلُّ واحدٍ من الشُّرَكاءِ على قدرِ شِرْبه .

ولو اختَلَفا في قدرِ الشِّرْبِ ولا بَيِّنةَ لأحدِهم، تُحَكَّمُ الأراضي فيكونُ الشِّرْبُ بينهم على قدرِ أراضيهم ولا يُعْتَبَرُ عَدَدُ الرُّءوسِ بخلافِ الجماعةِ إذا اختَلَفوا في طريقٍ مُشترَكٍ بينهم أنّه لا تُحَكَّمُ فيه بُقْعةُ الدّارِ بل يُعْتَبَرُ فيه عَدَدُ الرُّءوسِ، وإنّما كان كذلك لاختِلافِ المقصودِ إذِ المقصودُ من الشِّرْبِ السَّقْيُ، والسَّقْيُ يختَلِفُ باختِلافِ الأراضي، والمقصودُ من الطَّريقِ هو المُرورُ وإنّه لا يختَلِفُ باختِلافِ الدّورِ .

ولو كان الأعلى منهم لا يَشْرَبُ ما لم يَسْكُرِ النّهْرَ عن الأسْفَلِ بأنْ كانت أرضُه رَبْوةً لم يَكُنْ له ذلك ولَكِنْ يَشْرَبُ بحِصّتِه؛ لأنّ في سَكْرِ النّهْرِ حتى يَشْرَبَ الأعلى مَنْعَ الأسْفَلِ من الشِّرْبِ وهذا لا يجوزُ، إلاّ إذا تَراضَيا على أنْ يَسْكُرَ كُلٌّ في نوبَتِه فيجوزُ .

ولو أرادَ أحدُ الشُّرَكاءِ أنْ يَنْصِبَ على النّهْرِ المُشترَكِ رَحًى أو داليةً أو سانيةً نُظِرَ فيه فإنْ كان لا يَضُرُّ بالشِّرْبِ والنّهرِ وكان موضِعُ البِناءِ أرضَ صاحبه وإلاّ فلا؛ لأنّ رَقَبةَ النّهرِ وموضِعَ البِناءِ مِلْكٌ بين الجماعةِ على الشَّرِكةِ، وحَقُّ الكُلِّ مُتَعَلِّقٌ بالماءِ ولا سَبيلَ إلى التّصَرُّفِ في المِلْكِ المُشترَكِ والحقِّ المُشترَكِ إلاّ برِضا الشُّرَكاءِ .

وأمّا الذي يرجِعُ إلى النّهرِ: فالأصلُ فيه أنّ النّهرَ الخاصَّ لِجَماعةٍ لا يَمْلِكُ أحدُهم التّصَرُّفَ فيه من غيرِ رِضا الباقينَ سَواءٌ أضرَّ بهم التّصَرُّفُ أو لا؛ لأنّ رَقَبةَ النّهرِ مملوكةٌ لهم، وحُرْمةَ التّصَرُّفِ في المملوكِ لا تَقِفُ على الإضْرارِ بالمالِكِ، حتى لو أرادَ واحدٌ من

الشُّرَكاءِ أنْ يَحْفِرَ نَهْرًا صَغيرًا من النّهْرِ المُشترَكِ فيَسوقُ الماءَ إلى أرضٍ أحْياها ليس لها منه شِرْبٌ ليس له ذلك إلاّ برِضاهم؛ لأنّ الحفْرَ تَصَرُّفٌ في مَحَلٍّ مملوكٍ على الشَّرِكةِ من غيرِ رِضاهم فيُمْنَعُ عنه.

وكذلك لو كان هذا النّهْرُ يَأخُذُ الماءَ من النّهْرِ العَظيمِ فأرادَ واحدٌ أنْ يَزيدَ فيها كوّةً من غيرِ رِضا الشُّرَكاءِ، ليس له ذلك وإنْ كان ذلك لا يَضُرُّهم؛ لأنّ ذلك تَصَرُّفُهم في النّهْرِ بإجراءِ زيادةِ ماءٍ فيه من غيرِ رِضاهم فيُمْنَعَ عنه.

ولو أرادَ أنْ يَنْصِبَ عليه رَحًى فإنْ كان موضِعُ البِناءِ مملوكًا له والماءُ يُديرُ الرَّحَى على سَيْبه له ذلك، وإنْ كان موضِعُ البِناءِ مُشترَكًا أو تَقَعُ الحاجةُ إلى تَعْريجِ الماءِ ثم الإعادةِ ليس له ذلك لِما فيه من الضَّرَرِ بالشُّرَكاءِ بتَأخيرِ وُصولِ حَقِّهِم إليهم بالتّعْريجِ، كما إذا حَفَرَ نَهْرًا في أرضِه وأرادَ أنْ يُعَرِّجَ الماءَ إليه ثم يُعيدَه إلى النّهْرِ، وكذلك لو أرادَ أحدُهم أنْ يَنْصِبَ داليةً أو سانيةً فهو على هذا التّفْصيلِ، وليس لأحدِهم أنْ يَضَعَ قَنْطَرةً على هذا النّهْرِ من غيرِ رِضاهم؛ لأنّ القَنْطَرةَ تَصَرُّفٌ في حافَّتَي النّهْرِ وفي هَواه، وكُلُّ ذلك مُشترَكٌ.

ولو كان النّهْرُ بين شريكينِ له خمسُ كوًى من النّهْرِ الأعظَمِ ولأحدِ الشَّريكينِ أرضٌ في أعلى النّهْرِ وللآخرِ أرضٌ في أسْفَلِه فأرادَ صاحبُ الأعلى أنْ يَسُدَّ شيئًا من تلك الكوَى لِما يُدْخِلُ من الضَّرَرِ في أرضِه ليس له ذلك إلاّ برِضا شريكِه؛ لأنّه يَتَضرَّرُ به شريكُه فلا يجوزُ له دَفْعُ الضَّرَرِ عن نفسِه بإضْرارِ غيرِه وإنْ أرادَ أنْ يَتَهايَآ حتى يَسُدَّ في حِصَّتِه ما شاء لم يَكُنْ له ذلك إلاّ برِضا الشَّريكِ لَما قُلْنا، وإنْ تَراضَيا على ذلك زَمانًا ثم بَدا لِصاحبِ الأسْفَلِ أنْ يَنْقُضَ فلَه ذلك؛ لأنّ المُراضاةَ على ما لا يحتملُ التّمليكَ تكونُ مُهايَأةً وإنّها غيرُ لازِمةٍ.

ولو كان النّهْرُ بين رجلينِ له كوًى فأضافَ رجلٌ أجنَبيٌّ إليها كوّةً وحَفَرَ نَهْرًا منه إلى أرضِه برِضًا منهما ومَضَى على ذلك زَمانٌ ثم بَدا لأحدِهما أنْ يَنْقُضَ، فلَه ذلك؛ لأنّ العاريّةَ لا تكونُ لازِمةً، وكذلك لو مات لِوَرَثَتِهما أنْ يَنْقُضوا ذلك لِما قُلْنا.

ولو كان نَهْرٌ بين جَماعةٍ يَأخُذُ الماءَ من النّهْرِ الأعظَمِ ولِكُلِّ رجلٍ نَهْرٌ من هذا النّهْرِ فمنهم مَنْ له كوّتانِ ومنهم مَنْ له ثلاثُ كوًى فقال صاحبُ الأسْفَلِ لِصاحبِ الأعلَى: إنكُمْ تَأخُذونَ أكثرَ من نَصيبِكُمْ؛ لأنّ دَفْعةَ الماءِ وكَثْرَتَه في أوّلِ النّهْرِ ولا يَأتينا إلاّ وهو قليلٌ فأرادوا المُهايَأةَ أيامًا مَعْلومةً فليس لهم ذلك، ويُتْرَكُ الماءُ والنّهْرُ على حالِه؛ لأنّ مِلْكَهم

في رَقَبةِ النّهْرِ لا في نفسِ الماءِ.

ولو أرادَ واحدٌ منهم أنْ يوسِّعَ كوّةَ نَهْرِه، لم يَكُنْ له ذلك؛ لأنّه يُدْخِلُ فيها الماءَ زائدًا على حَقِّه فلا يَمْلِكُ ذلك ولو حَفَرَ في أسْفَلِ النّهْرِ جازَ، ولو زادَ في عَرْضِه لا يجوزُ؛ لأنّ الكوَى من حُقوقِ النّهْرِ فيَمْلِكُه بمِلْكِ النّهْرِ بخلافِ الزّيادةِ في العَرْضِ.

ولو كان نَهْرٌ يَأخُذُ الماءَ من النّهْرِ الأعظَمِ بين قَوْمٍ، فخافوا أنْ يَنْبَثِقَ فأرادوا أنْ يُحَصِّنوه، فامتَنَعَ بعضُهم عن ذلك، فإنْ كان ضررًا عامًّا يُجْبَرونَ على أنْ يُحَصِّنوه بالحِصَصِ، وإنْ لم يَكُنْ فيه ضرَرٌ عامٌّ لا يُجْبَرونَ عليه؛ لأنّ الانتِفاعَ مُتَعَذِّرٌ عند عُمومِ الضَّرَرِ، فكان الجبْرُ على التّخصيصِ من بابِ دَفْعِ الضَّرَرِ عن الجماعةِ فجازَ وإذا لم يَكُنِ الضَّرَرُ عامًّا يُمْكِنُ الانتِفاعُ بالنّهْرِ فكان الجبْرُ بالتّخْصيصِ جَبْرًا عليه لِزيادةِ الانتِفاعِ بالنّهْرِ وهذا لا يجوزُ.

ولو كان نَهْرٌ لِرجلٍ مُلاصِقٌ لأرضِ رجلٍ فاختَلَفَ صاحبُ الأرضِ والنّهْرِ في مُسَنّاةٍ فالمُسَنّاةُ لِصاحبِ الأرضِ عند أبي حنيفةَ - رحمه الله - له أنْ يَغْرِسَ فيها طينَه ولَكِنْ ليس له أنْ يَهْدِمَها.

وعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ المُسَنّاةُ لِصاحبِ النّهْرِ حَريمًا لِنَهْرِه وله أنْ يَغْرِسَ فيها ويُلْقيَ طينَه ويجْتازَ فيها.

وإنْ لم يَكُنْ مُلاصِقًا، بل كان بين النّهْرِ والأرضِ حائلٌ من حائطٍ ونحوِه، كانت المُسَنّاةُ لِصاحبِ النّهْرِ بالإجماعِ، وبعضُ مَشايِخِنا بَنوا هذا الاختِلافَ على أنّ النّهْرَ هَلْ له حَريمٌ أم لا ؟ بأنْ حَفَرَ رجلٌ نَهْرًا في أرضِ مَواتٍ بإذنِ الإمامِ عند أبي حنيفةَ لا حَريمَ له، وعندَهما له حَريمٌ.

(ووجه) البِناءِ عليه أنّه لَمّا لم يَكُنْ لِلنّهْرِ حَريمٌ عند أبي حنيفةَ كان الظّاهرُ شاهدًا لِصاحبِ الأرضِ فكان القولُ قوله، ولَمّا كان له حَريمٌ عندَهما، كان الظّاهرُ شاهدًا لِصاحبِ النّهْرِ فيكونُ القولُ قوله.

وبعضُهم لم يُصَحِّحوا البِناءَ وقالوا: لا خلافَ أنّ لِلنّهْرِ حَريمًا في أرضِ المَواتِ؛ لأنّ للبِئْرِ والعَيْنِ حَريمًا بما فيها بالإجماعِ، وقد رَوَى عليه الصلاة والسلام أنّه جعل لهما حَريمًا لِحاجَتِهما إلى الحفْرِ لِتَعَذُّرِ الانتِفاعِ بها بدونِ الحفْرِ؛ لأنّ حاجةَ النّهْرِ إلى الحريمِ

كحاجةِ البئْرِ والعَيْنِ بل أشَدَّ فكان جَعْلُ الشّرعِ للبئْرِ والعَيْنِ حَريمًا جَعْلاً لِلنّهْرِ من طريقِ الأولى، دَلَّ أنّ البِناءَ على هذا الأصلِ غيرُ صَحيحٍ فكان هذا خلافًا مُبْتَدَأً.

(وجه) قولِهِما أنّه لَمّا كان لِلنّهْرِ حَريمٌ بالاتّفاقِ كان الظّاهرُ شاهدًا لِصاحبِ النّهْرِ فيجبُ العملُ بالظّاهرِ حتى يقومَ الدّليلُ بخلافِه، ولِهذا كان القولُ قولَ صاحبِ البِئْرِ والعَيْنِ عند الاختِلافِ كذا هذا.

ولأبي حنيفةَ أنّ المُسنّاةَ إذا كانت مُسْتَويةً بالأرضِ فالظّاهرُ أنّها مِلْكُ صاحبِ الأرضِ، إذْ لو كانت حَريمًا لِلنّهْرِ لَكانت مُرْتَفِعةً لِكَوْنِها مَلْقَى طينِه فكان الظّاهرُ شاهدًا لِصاحبِ الأرضِ إلاّ أنّه لا يَمْلِكُ هَدْمَها لِتَعَلُّقِ حَقِّ صاحبِ النّهْرِ بها، وفي الهَدْمِ إبطالُه ويجوزُ أنْ يُمْنَعَ الإنسانُ من التّصرُّفِ في مِلْكِه لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغيرِ كحائطٍ لإنسانٍ عليه جُذوعٌ لِغيرِه، فأرادَ هَدْمَ الحائطِ يُمْنَعُ منه كذا هذا.

ثم كرْيُ النّهْرِ المُشترَكِ على أصحابِ النّهْرِ وليس على أصحابِ الشّفةِ في الكَرْيِ شيءٌ؛ لأنّ هذا من حُقوقِ المِلْكِ ولا مِلْكَ لأهلِ الشّفةِ في رَقَبةِ النّهْرِ بل لهم حَقُّ شُرْبِ الماءِ والسَّقْيِ لِلدَّوابِّ فقطْ.

واختُلِفَ في كيْفيّةِ الكَرْيِ عليهم، قال أبو حنيفةَ: عليهم أنْ يَكْروا من أعلاه وإذا جاوَزوا أرضَ رجلٍ دَفَعَ عنه وكان الكَرْيُ على مَنْ بَقِيَ.

وقال ابو يوسف ومحمد: الكَرْيُ عليهم جميعًا من أوّلِه إلى آخِرِه بحِصَصِ الشِّرْبِ والأراضي حتى إنّ النّهْرَ لو كان بين عَشَرةِ أنْفُسٍ أراضيهم عليه لأُخِّرَ كرْيُ فوّهةِ النّهْرِ إلى أنْ يُجاوِزَ شِرْبَ أوّلِهم بينهم على عَشَرةِ أسْهمٍ على كُلِّ واحدٍ منهم العُشْرُ فإذا جاوَزوا شِرْبَ الأوّلِ سَقَطَ عنه الكَرْيُ وكان على الباقينَ على تِسْعةِ أسْهمٍ فإذا جاوَزوا شِرْبَ الثّاني سَقَطَ عنه الكَرْيُ وكان على الباقينَ على ثَمانيةِ أسْهمٍ هَكذا، وهذا عند أبي حنيفةَ وأمّا عندَهما فالكَرْيُ بينهم على عَشَرةِ أسْهمٍ من أعلى النّهْرِ إلى أسْفَلِه.

-**(وجه) قولِ ابي حنيفة:** إنّ الكَرْيَ من حُقوقِ المِلْكِ والمِلْكَ في الأعلى مُشترَكٌ بين الكُلِّ من فوّهةِ النّهْرِ إلى شِرْبِ أوّلِهم فكانت مُؤنَتُه على الكُلِّ، فأمّا بعدَه فلا مِلْكَ لِصاحبِ الأعلى فيه إنّما له حَقٌّ وهو حَقُّ تسييلِ الماءِ فيه فكانت مُؤنَتُه على صاحبِ المِلْكِ لا على صاحبِ الحقِّ ولِهذا كانت مُؤنةُ الكَرْيِ على أصحابِ النّهْرِ ولا شيءَ على أهلِ

الشَّفةِ؛ لأنّ المِلْكَ لأصحابِ النّهرِ ولأهلِ الشَّفةِ حَقُّ الشُّرْبِ وسَقْيِ دَوابِّهم وكذا كُلُّ مَنْ كان له مَيْلٌ على سَطْحٍ مملوكٍ لِغيرِه فكانت غَرامَتُه على صاحبِ السَّطْحِ لا عليه لِما قُلْنا.

(وأمّا) الأنهارُ العِظامُ كسَيْحونَ ودِجْلةَ والفُراتِ ونحوِها فلا مِلْكَ لأحدٍ فيها ولا في رَقَبةِ النّهْرِ وكذا ليس لأحدٍ حَقٌّ خاصٌّ فيها ولا في الشِّرْبِ بل هو حَقٌّ لِعامّةِ المسلمينَ فلِكُلِّ أحدٍ أنْ يَنْتَفِعَ بهذِه الأنهارِ بالشَّفةِ والسَّقْيِ وشَقِّ النّهْرِ منها إلى أرضِه بأنْ أحْيا أرضًا مَيْتةً بإذنِ الإمامِ له أنْ يَشُقَّ إليها نَهْرًا من هذِه الأنْهارِ وليس للإمامِ ولا لأحدٍ مَنْعُه إذا لم يَضُرَّ بالنّهْرِ وكذا له أنْ يَنْصِبَ عليه رَحًى ودالِيةً وسانيةً إذا لم يَضُرَّ بالنّهْرِ؛ لأنّ هذِه الأنْهارَ لم تَدْخُلْ تَحْتَ يَدِ أحدٍ فلا يَثْبُتُ الاختِصاصُ بها لأحدٍ فكان النّاسُ فيها كُلُّهم على السَّواءِ، فكان كُلُّ واحدٍ بسَبيلٍ من الانتِفاعِ، لَكِنْ بشريطةِ عَدَمِ الضَّرَرِ بالنّهْرِ كالانتِفاعِ بطريقِ العامّةِ وإنْ أضرَّ بالنّهْرِ فلِكُلِّ واحدٍ من المسلمينَ مَنْعُه لِما بَيَّنّا أنّه حَقٌّ لِعامّةِ المسلمينَ وإباحةُ التّصَرُّفِ في حَقِّهم مشروطةٌ بانتِفاءِ الضَّرَرِ كالتّصَرُّفِ في الطَّريقِ الأعظَمِ.

وسُئِلَ أبو يوسفَ عن نَهْرِ مَرْوَ وهو نَهْرٌ عَظيمٌ أحْيا رجلٌ أرضًا كانت مَواتًا فحَفَرَ لها نَهْرًا فوْقَ مَرْوَ من موضِعٍ ليس يَمْلِكُه أحدٌ فساقَ الماءَ إليها من ذلك النّهْرِ فقال أبو يوسفَ: إنْ كان يدخلُ على أهلِ مَرْوَ ضررٌ في مائهم ليس له ذلك وإنْ كان لا يَضُرُّهم فلَه ذلك وليس لهم أنْ يَمْنَعوه لِما قُلْنا.

وسُئِلَ ايضا: إذا كان لِرجلٍ من هذا النّهْرِ كوًى مَعْروفةٌ هَلْ له أنْ يَزيدَ فيها؟ فقال: إنْ زادَ في مِلْكِه وذلك لا يَضُرُّ بأهلِ النّهْرِ فلَه ذلك ولو كان نَهْرٌ خاصٌّ لِقَوْمٍ يَأخُذُ الماءَ من هذا النّهْرِ فأرادَ واحدٌ منهم أنْ يَزيدَ كوّةً لم يَكُنْ له ذلك، وإنْ كان لا يَضُرُّ بالنّهْرِ.

(ووجه) الفرْقِ أنّ الزّيادةَ في الفصلِ الأوّلِ تَصرُّفٌ في حَقٍّ مُشترَكٍ بين العامّةِ، وحُرْمةُ التّصَرُّفِ في حُقوقِ العامّةِ لا تَثْبُتُ إلاّ بشريطةِ الضَّرَرِ، والزّيادةُ في الفصلِ الثّاني تَصرُّفٌ في مِلْكٍ مُشترَكٍ بأخْذِ زيادةِ الماءِ في النّهْرِ، والتّصَرُّفُ في المِلْكِ المُشترَكِ لا تَقِفُ حُرْمَتُه على الضَّرَرِ بالمالِكِ، هو الفرْقُ.

ولو جَزَرَ [1] ماءُ هذِه الأنْهارِ عن أرضٍ فليس لِمَنْ يَليها أنْ يَضُمَّها إلى أرضِ نفسِه؛

(١) جزر الماء عن الأرض جزرًا: نَضَب وحَسَر، انظر: المعجم الوجيز ص (١٠٣).

لأنه يُحْتَمَلُ أنْ يَعودَ ماؤُها إلى مَكانِه ولا يجِدُ إليه سَبيلاً فيُحْمَلُ على جانِبٍ آخَرَ فيَضُرُّ، حتى لو أمن العَوْدَ أو كان بإزائها من الجانِبِ الآخَرِ أرضٌ مَواتٌ لا يَسْتَضِرُّ أحدٌ بحَمْلِ الماءِ عليه فلَه ذلك ويَمْلِكُه إذا أحْياه بإذنِ الإمامِ أو بغيرِ إذنِه على الاختِلافِ المَعْروفِ.

ولو احتاجَتْ هذِه الأنْهارُ إلى الكَرْيِ فعلى السُّلْطانِ كِراها من بَيْتِ المالِ؛ لأنَّ مَنْفَعَتَها لِعامّةِ المسلمينَ فكانت مُؤنَتُها من بَيْتِ المالِ لِقولِه - عليه الصّلاةُ والسَّلامُ: «الخراجُ بالضّمانِ» [(١)] وكذا لو خيفَ منها الغَرَقُ فعلى السُّلْطانِ إصْلاحُ مُسَنّاتِها من بَيْتِ المالِ لِما قُلْنا - واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ -.

* * *

(١) حسن: أخرجه أبو داود، كتاب: البيوع، باب: فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا، برقم (٣٥٠٨)، والترمذي، برقم (١٢٨٥)، والنسائي، برقم (٤٤٩٠)، وابن ماجه، برقم (٢٢٤٣) من حديث عائشة رضي الله عنها، انظر إرواء الغليل، رقم (١٣١٥).

كتاب الأراضي



كتاب الأراضي

الكَلامُ في موضِعَيْنِ:

في بيانِ أنْواعِ الأراضي.

وفي بيانِ حُكْمِ كُلِّ نوعٍ منها.

-(أمّا) **الأوّل:** فالأراضي في الأصلِ نوعانِ: أرضٌ مملوكةٌ، وأرضٌ مُباحةٌ غيرُ مملوكةٍ، والمملوكةُ نوعانِ: عامِرةٌ وخَرابٌ، والمُباحةُ نوعانِ أيضًا:

نوعٌ هو من مَرافِقِ البلدةِ مُحْتَطَبًا لهم ومَرْعًى لِمَواشيهم.

ونوعٌ ليس من مَرافِقِها وهو المُسَمَّى بالمَواتِ.

(أمّا) بيانُ حُكْمِ كُلِّ نوعٍ منها، أمّا الأراضي المملوكةُ العامِرةُ: فليس لأحدٍ أنْ يَتَصَرَّفَ فيها من غيرِ إذنِ صاحِبِها؛ لأنّ عِصْمةَ المِلْكِ تمنَعُ من ذلك، وكذلك الأرضُ الخرابُ الذي انقَطَعَ ماؤُها ومَضَى على ذلك سُنونَ؛ لأنّ المِلْكَ فيها قائمٌ وإنْ طالَ الزّمانُ حتى يجوزَ بيعُها وهبَتُها وإجارَتُها وتَصيرَ ميراثًا إذا مات صاحبُها إلاّ أنّها إذا كانت خَرابًا فلا خَراجَ عليها إذْ ليس على الخرابِ خَراجٌ إلاّ إذا عَطَّلَها صاحبُها مع التّمَكُّنِ من الاستِنْماءِ فعليه الخراجُ وهذا إذا عُرِفَ صاحبُها فإنْ لم يُعْرَفْ فحُكْمُها حُكْمُ اللُّقَطةِ، يُعْرَفُ في كِتابه إنْ شاء الله تعالى.

وأمّا الكَلأُ الذي يَنْبُتُ في أرضٍ مملوكةٍ، فهو مُباحٌ غيرُ مملوكٍ إلاّ إذا قَطَعَه صاحبُ الأرضِ وأخْرَجَ فيَمْلِكُه.

هذا جوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ عن أصحابِنا رضي الله عنهم، وقال بعضُ المُتَأخِّرينَ من مَشايِخِنا رحمهم الله -: أنّه إذا سَقاه وقامَ عليه مَلكه، والصّحيحُ جوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأنّ الأصلَ فيه هو الإباحةُ؛ لِقولِه عليه الصلاة والسلام: «**النّاسُ شُرَكاءُ في ثلاثِ الماءِ والكَلَإِ والنّارِ**»[1].

والكَلأُ: اسمٌ لِحَشيشٍ يَنْبُتُ من غيرِ صُنْعِ العبدِ.

---

(١) سبق تخريجه.

والشَّرِكةُ العامّةُ هي الإباحةُ، إلاّ إذا قَطَعَه وأحْرَزَه؛ لأنّه استَوْلى على مالٍ مُباحٍ غيرِ مملوكٍ فيَمْلِكُه كالماءِ المُحْرَزِ في الأواني والظُّروفِ وسائرِ المُباحاتِ التي هي غيرُ مملوكةٍ لأحدٍ.

والنّارُ: اسمٌ لِجَوْهَرٍ مُضيءٍ دائمِ الحرَكةِ عُلوًّا فليس لِمَنْ أوقَدَها أنْ يَمْنَعَ غيرَه من الاصْطِلاءِ بها؛ لأنّ النّبيَّ عليه الصلاة والسلام أثبتَ الشَّرِكةَ فيها، فأمّا الجمْرُ: فليس بنارٍ وهو مملوكٌ لِصاحبه فلَه حَقُّ المَنْعِ كسائرِ أملاكِه ولو أرادَ أحدٌ أنْ يدخلَ مِلْكَه لاحتِشاشِ الكَلأِ فإذا كان يجِدُه في موضِعٍ آخَرَ له أنْ يَمْنَعَه من الدُّخولِ، وإنْ كان لا يجِدُه فيُقالُ لِصاحبِ الأرضِ: إمّا أنْ تَأذَنَ له بالدُّخولِ وإمّا أنْ تَحُشَّ بنفسِك فتَدْفَعَه إليه كالماءِ الذي في الآبارِ والعُيونِ والحياضِ التي في الأراضي المملوكةِ على ما ذَكَرْنا في كِتابِ الشِّرْبِ.

ولو دَخَلَ إنسانٌ أرضَه بغيرِ إذنِه واحتَشَّ ليس لِصاحبه أنْ يَسْتَرِدَّه؛ لأنّه مُباحٌ سَبَقَتْ يَدُه إليه، وكذا لا يجوزُ بيعُه؛ لأنّ مَحَلَّ البيعِ مالٌ مملوكٌ وإنْ لم يَثْبُتْ على مِلْكِ أحدٍ، ولا تَجوزُ إجارَتُه؛ لأنّ الأعيانَ لا تحتملُ الإجارةَ على ما ذَكَرْنا في كِتابِ الشِّرْبِ.

والجوابُ في الكَلأِ في البيعِ والإجارةِ والهبةِ والنِّكاحِ والخُلْعِ والصُّلْحِ والوصيّةِ كالجوابِ في الشِّرْبِ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منها غيرُ مملوكٍ وقد ذَكَرْنا ذلك كُلَّه في الشِّرْبِ.

وكذلك المُروجُ [(١)] المملوكةُ في حُكْمِ الكَلأِ على هذا.

وكذلك الآجامُ [(٢)] المملوكةُ في حُكْمِ السّمكِ، ؛ لأنّ السّمكَ أيضًا مُباحُ الأصلِ لقوله تعالى - عَزَّ شأنُه -: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَـٰعًا لَّكُمْ﴾ [المائدة:٩٦] وقولِه عليه الصلاة والسلام: «أُحِلَّتْ لَنا مَيتَتانِ ودَمانِ» [(٣)] الحديثَ فلا يَصيرُ مملوكًا إلاّ بالأخْذِ والاستيلاءِ لِما بَيَّنّا.

ولو حُظِرَ السّمكُ في حَظيرةٍ فإنْ كان مِمّا يُمْكِنُ أخْذُه بغيرِ صَيْدٍ يَمْلِكُه بنفسِ الحظْرِ

---

(١) المروج: جمع مَرْج، وهي الأرض الواسعة ذات نبات كثير تمرج فيه الدواب أي تخلى تسرح مختلطة كيف شاءت، انظر: النهاية في غريب الحديث (٤/ ٣١٥).

(٢) الآجام: الشجر الملتف، انظر: المصباح المنير (١/ ٦).

(٣) صحيح: أخرجه ابن ماجه، كتاب: الأطعمة، باب: الكبد والطحال، برقم (٣٣١٤)، وأحمد، برقم (٥٦٩٠)، والدارقطني بنحوه (٤/ ٢٧١)، برقم (٢٥)، والبيهقي في الكبرى (١/ ٢٥٤)، برقم (١١٢٨) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٢١٠).

لِوُجودِ الاستيلاءِ وإثْباتِ اليَدِ عليه، ولِهذا لو باعه جازَ وإنْ كان لا يُمْكِنُ أخْذُه إلاّ بصَيْدٍ لا يَمْلِكُه صاحبُ الحظيرةِ؛ لأنّه ما استَوْلى عليه ولا يُمْلَكُ المُباحُ إلاّ بالاستيلاءِ، ولِهذا لو باعه لا يجوزُ بيعُه.

وعلى هذا سائرُ المُباحاتِ كالطَّيْرِ إذا باضَتْ أو فرَّخَتْ في أرضِ إنسانٍ؛ أنّه يكونُ مُباحًا ويكونُ للآخِذِ لا لِصاحبِ الأرضِ سَواءٌ كان صاحبُ الأرضِ اتَّخَذَ له وكْرًا أم لا.

وقال المُتَأخِّرونَ من مَشايِخِنا - رحمهم الله -: إنّه إنْ كان اتَّخَذَ له مِلْكًا له يَسْتَرِدُّه من الآخِذِ وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لِقولِه عليه الصلاة والسلام: «لِمَنْ أخذه»؛ ولأنّ المِلْكَ في المُباح إنّما يَثْبُتُ بالاستيلاءِ عليه والآخِذُ هو المُسْتَوْلي دونَ صاحبِ الأرضِ وإنِ اتَّخَذَ له وكْرًا، وكذلك صَيْدٌ التَجأ إلى أرضِ رجلٍ أو دارِه فهو للآخِذِ لِما قُلْنا.

ولو رَدَّ صاحبُ الدّارِ بابَ الدّارِ عليه بعدَ الدُّخولِ يَمْلِكُه إنْ أمكَنَه أخْذُه بغيرِ صَيْدٍ وُجودِ الاستيلاءِ منه، وكذلك لو نَصَبَ شَبَكَةً فتَعَقَّلَ بها صَيْدٌ تَعَقُّلاً لا خَلاصَ له فهو لِناصِبِ الشَّبَكةِ سَواءٌ كانت الشَّبَكةُ له أو لِغيرِه، كمَنْ أرسَلَ بازيَ[1] إنسانٍ بغيرِ إذنِه فأخذ صَيْدًا أو أغْرَى كلْبًا لإنسانٍ على صَيْدٍ فأخذه فكان للمُرْسِلِ والمُغْري لا لِصاحبه، ولو نَصَبَ فُسْطاطًا فجاءَ صَيْدٌ فتَعَقَّلَ به فهو للآخِذِ.

-(ووجه) **الفرق**: أنّ نَصْبَ الشَّبَكةِ وُضِعَ لِتَعَقُّلِ الصّيْدِ ومُباشِرُ السَّبَبِ الموضوعِ لِلشّيءِ اكتِسابٌ له فأمّا نَصْبُ الفُسْطاطِ: فما وُضِعَ لِذلك بل لِغَرَضٍ آخَرَ فتوَقَّفَ المِلْكُ فيه على الاستيلاءِ والأخْذِ حَقيقةً ولو حَفَرَ حَفيرةً فوَقَعَ فيها صَيْدٌ فإنْ كان حَفَرَها لاجتِماعِ الماءِ فيها فهو للآخِذِ؛ لأنّه بمنزِلةِ الاصْطيادِ وإنْ كان حَفَرَها لِلاصْطيادِ بها فهو له بمنزِلةِ الشَّبَكةِ.

(وأمّا) الآجامُ المملوكةُ في حُكْمِ القَصَبِ والحطَبِ فليس لأحدٍ أنْ يَحْتَطِبَ من أجَمةِ رجلٍ إلاّ بإذنِه؛ لأنّ الحطَبَ والقَصَبَ مملوكانِ لِصاحبِ الأجَمةِ يَنْبُتانِ على مِلْكِه وإنْ لم يوجَدْ منه الإنْباتُ أصلاً، بخلافِ الكَلإِ في المُروجِ المملوكةِ؛ لأنّ مَنْفَعةَ الأجَمةِ هي القَصَبُ والحطَبُ فكان ذلك مقصودًا من مِلْكِ الأجَمةِ فيُمْلَكُ بمِلْكِها.

---

(١) البازي: ضرب من الصقور يستخدم في الصيد. انظر: المعجم الوجيز ص (٦٧).

(فأمّا) الكَلأُ فغيرُ مقصودٍ من المَرْجِ المملوكِ بل المقصودُ هو الزِّراعةُ ولو أنّ بَقّارًا رَعَى بَقَرًا في أَجَمةٍ مملوكةٍ لإنسانٍ فليس له ذلك وهو ضامِنٌ لِما رَعَى وأفسَدَ من القَصَبِ لِما ذَكَرْنا أنّ مَنْفعةَ الأَجمةِ القَصَبُ والحطَبُ وهما مملوكانِ لِصاحبِ الأَجَمةِ، وإتْلافُ مالٍ مملوكٍ لِصاحبه يوجِبُ الضَّمانَ بخلافِ الكَلأَ في المُروجِ؛ لأنّه يَثْبُتُ على الإباحةِ دونَ المِلْكِ على ما بَيَّنّا.

والدَّليلُ على التَّفْرِقةِ بينهما أنّه يجوزُ له دَفْعُ القَصَبِ مُعامَلةً ولا يجوزُ دَفْعُ الكَلأَ مُعامَلةً، والأصلُ المَحْفوظُ فيه أنّ القَصَبَ والحطَبَ يُمْلَكانِ بمِلْكِ الأرضِ والكَلأُ لا.

(وأمّا) ما لا يَنْبُتُ عادةً إلاّ بصُنْعِ العبدِ كالقَتّةِ والقَصيلِ وما بَقِيَ من حَصادِ الزَّرْعِ ونحوِ ذلك في أرضٍ مملوكةٍ يكونُ مملوكًا ولِصاحبِ الأرضِ أنْ يَمْنَعَ غيرَه، ويجوزُ بيعُه ونحوُ ذلك؛ لأنّ الإنْباتَ يُعَدُّ اكتِسابًا له فيَمْلِكُه، ولأنّ الأصلَ أنْ يكونَ من المملوكِ مملوكًا إلاّ أنّ الإباحةَ في بعضِ الأشياءِ تَثْبُتُ على مُخالَفةِ الأصلِ بالشّرعِ والشّرعُ ورَدَ بها في أشياءَ مَخْصوصةٍ فيُقْتَصَرُ عليها.

(وأمّا) أرضُ المَواتِ فالكَلامُ فيها في مَواضِعَ: في تفسيرِ الأرضِ المَواتِ.

وفي بيانِ ما يَمْلِكُ الإمامُ من التّصرُّفِ في المَواتِ.

وفي بيانِ ما يَثْبُتُ به المِلْكُ في المَواتِ، وما يَثْبُتُ به الحقُّ فيه دونَ المِلْكِ، وفي بيانِ حُكْمِه إذا مُلِكَ.

-**(أمّا) الأوّل:** فالأرضُ المَواتُ هي أرضٌ خارجَ البَلَدِ لم تَكُنْ مِلْكًا لأحدٍ ولا حَقًّا له خاصًّا فلا يكونُ داخِلَ البَلَدِ مَواتٌ أصلاً، وكذا ما كان خارجَ البلدةِ من مَرافِقِها مُحْتَطَبًا بها لأهلِها أو مَرْعًى لهم لا يكونُ مَواتًا حتى لا يَمْلِكَ الإمامُ إقطاعَها؛ لأنّ ما كان من مَرافِقِ أهلِ البلدةِ فهو حَقُّ أهلِ البلدةِ كفِناءِ دارِهم وفي الإقطاعِ إبطالُ حَقِّهم وكذلك أرضُ المِلْحِ والقارِّ[1] والنِّفْطِ[2] ونحوِها مِمّا لا يَسْتَغْني عنها المسلمونَ لا تكونُ أرضَ مَواتٍ حتى لا يجوزَ للإمامِ أنْ يَقْطَعَها لأحدٍ؛ لأنّها حَقٌّ لِعامّةِ المسلمينَ وفي الإقطاعِ إبطالُ حَقِّهم

---

(١) القار: شجر مر، وهو شيء أسود تطلى به السفن يمنع الماء أن يدخل، انظر: اللسان (٥/ ١٢٤، ١٢٥).

(٢) النفط: ما يطلى به الإبل الجربى. انظر: اللسان (١/ ٥١٥).

وهذا لا يجوزُ وهَلْ يُشترَطُ أنْ يكونَ بَعيدًا من العُمْرانِ ؟ شَرَطَه الطَّحاويُّ - رحمه الله - فإنّه قال: وما قَرُبَ من العامِرِ فليس بمَواتٍ.

وكذا رويَ عن أبي يوسفَ - رحمه الله - أنّ أرضَ المَواتِ بُقْعةٌ لو وقَفَ على أدْناها من العامِرِ رجلٌ فنادَى بأعلى صَوْتِه لم يَسْمَعْه من العامِرِ وفي ظاهرِ الرِّوايةِ ليس بشرطٍ، حتى إنّ بَحْرًا من البلدةِ جَزَرَ ماؤُه أو أجَمةً عَظيمةً لم تكُنْ مِلْكًا لأحدٍ تكونُ أرضَ مَواتٍ في ظاهرِ الرِّوايةِ، وعلى قياس رِوايةِ أبي يوسفَ وقولِ الطَّحاويِّ لا تكونُ، والصّحيحُ جوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأنّ المَواتَ اسمٌ لِما لا يُنْتَفَعُ به، فإذا لم يَكُنْ مِلْكًا لأحدٍ ولا حَقًّا خاصًّا لم يَكُنْ مُنْتَفَعًا به كان بَعيدًا عن البلدةِ أو قَريبًا منها.

(وأمّا) بيانُ ما يَمْلِكُ الإمامُ من التّصَرُّفِ في المَواتِ: فالإمامُ يَمْلِكُ إقطاعَ المَواتِ من مَصالِحِ المسلمينَ لِما يرجعُ ذلك إلى عِمارةِ البِلادِ، التّصَرُّفُ فيما يَتَعَلَّقُ بمَصالِحِ المسلمينَ للإمامِ ككَرْيِ الأنْهارِ العِظامِ وإصْلاح قَناطِرِها ونحوِه.

ولو أقطَعَ الإمامُ المَواتَ إنسانًا فترَكَه ولم يَعْمُرْه لا يُتَعَرَّضُ له إلى ثلاثِ سِنينَ فإذا مَضَى ثلاثُ سِنينَ فقد ظَلَّ مَواتًا كما كان وله أنْ يُقْطِعَه غيرَه لِقولِه عليه الصلاة والسلام: «ليس لِمُختَجِرٍ بعدَ ثلاثِ سِنِينَ حَقٌ» [1] ولأنّ الثّلاثَ سِنينَ مُدّةٌ لإبْلاءِ الأعذارِ فإذا أمسَكَها ثلاثَ سِنينَ ولم يَعْمُرْها دَلَّ على أنّه لا يُريدُ عِمارَتَها بل تَعْطيلَها فبَطَلَ حَقُّه وتَعودُ إلى حالِها مَواتًا، وكان للإمامِ أنْ يُعْطيَها غيرَه.

(وأمّا) بيانُ ما يَثْبُتُ به المِلْكُ في المَواتِ وما لا يَثْبُتُ ويَثْبُتُ به الحقُّ فالمِلْكُ في المَواتِ يَثْبُتُ بالإحياءِ بإذنِ الإمامِ عند أبي حنيفةَ، وعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ - رَحِمَهم الله تعالى - يَثْبُتُ بنفسِ الإحياءِ وإذنُ الإمامِ ليس بشرطٍ.

(وجه) قولُه عليه الصلاة والسلام: «مَنْ أحيا أرضًا مَيتةً فهِيَ له وليس لِعِزقِ ظالِمٍ فِيه حَقٌ» [2] أثبَتَ المِلْكَ للمُحْيي من غيرِ شريطةِ إذنِ الإمامِ؛ ولأنّه مُباحٌ استَوْلى عليه فيَمْلِكُه

---

(١) انظر الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٢٤٤).

(٢) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: الخراج والإمارة والفيء، باب: في إحياء الموات، برقم (٣٠٧٣)، والترمذي، برقم (١٣٧٨) من حديث سعيد بن زيد رضي الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٥٩٧٦). وللحديث رواية أخرى من طريق جابر بن عبد الله رضي الله عنه، وبسند صحيح، أخرجها الترمذي، برقم (١٣٧٩)، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٥٩٧٥).

بدونِ إذنِ الإمامِ كما لو أخذ صَيْدًا أو حَشَّ كلأً، وقولُه عليه الصلاة والسلام «ليس لِعِرْقِ ظالِمٍ فيه حَقٌّ» رويَ مُنَوّنًا ومُضافًا، فالمُنَوّنُ هو أنْ تَنْبُتَ عُروقُ أشجارِ إنسانٍ في أرضِ غيرِه بغيرِ إذنِه فلِصاحبِ الأرضِ قَلْعُها حَشيشًا.

ولأبي حنيفةَ - رحمه الله - ما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «ليس للمَرْءِ إلّا ما طابَتْ به نفسُ إمامِه فإذا لم يَأذَنْ فلم تَطِبْ نفسُه به فلا يَكُونُ له»[١]؛ ولأنّ المَواتَ غَنيمةٌ فلا بُدَّ لِلاختِصاصِ به من إذنِ الإمامِ كسائرِ الغَنائمِ.

والدّليلُ عليه: أنّ غَنيمةً اسمٌ لِما أُصيبَ من أهلِ الحرْبِ بإيجافِ الخيْلِ والرِّكابِ، والمَواتُ كذلك؛ لأنّ الأرضَ كُلَّها كانت تحْتَ أيدي أهلِ الحرْبِ استَوْلى عليها المسلمونَ عنوةً وقَهْرًا فكانت كُلُّها غَنائمَ فلا يختَصُّ بعضُ المسلمينَ بشيءٍ منها من غيرِ إذنِ الإمامِ كسائرِ الغَنائمِ بخلافِ الصَّيْدِ والحطَبِ والحشيشِ؛ لأنّها لم تكُنْ في يَدِ أهلِ الحرْبِ فجازَ أنْ تُمْلك بنفسِ الاستيلاءِ وإثْباتِ اليَدِ عليها.

(وأمّا) الحديثُ فيحتملُ أنّه يَصيرُ به شرعًا ويحتملُ أنّه أذِنَ جَماعةً بإحياءِ المَواتِ بذلك النّظْمِ، ونَحْنُ نَقولُ بموجَبه فلا يكونُ حُجّةً مع الاحتِمالِ.

نَظيرَ قولِه عليه الصلاة والسلام: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فلَه سَلَبُه»[٢] حتى لم يَصِحَّ الاحتِجاجُ به في إيجابِ السَّلَبِ للقاتِلِ على ما ذُكِرَ في كِتابِ السِّيَرِ، أو يُحْمَلُ ذلك على حالِ الإذنِ تَوْفيقًا بين الدَّلائلِ، ويَمْلِكُ الذِّمّيُّ بالإحياءِ كما يَمْلِكُ المسلمُ لِعُمومِ الحديثِ.

ولو حَجَرَ الأرضَ المَواتَ لا يَمْلِكُها بالإجماعِ؛ لأنّ المَواتَ يُمْلَكُ بالإحياءِ؛ لأنّه عِبارةٌ عن وضْعِ أحْجارٍ أو خَطِّ حَوْلَها يُريدُ أنْ يَحْجُرَ غيرَه عن الاستيلاءِ عليها، وشيءٌ من ذلك ليس بإحياءٍ فلا يَمْلِكُها ولَكِنْ صارَ أحَقَّ بها من غيرِه حتى لم يَكُنْ لِغيرِه أنْ يُزْعِجَه؛ لأنّه سَبَقَتْ يَدُه إليه والسَّبْقُ من أسْبابِ التّرْجيحِ في الجُمْلةِ قال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام: «مِنًى مُناخُ مَنْ سَبَقَ»[٣].

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٣٠)، وقال: رواه الطبراني في معجمه الكبير والأوسط.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب: فرض الخمس، باب: من لم يخمس الأسلاب ومن قتل قتيلاً فله سلبه، برقم (٣١٤٢)، ومسلم، كتاب: الجهاد والسير، باب: استحقاق القاتل سلب القتيل، برقم (١٧٥١) من حديث أبي قتادة الأنصاري رضي الله عنه.

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب: المناسك، باب: تحريم حرم مكة، برقم (٢٠١٩)، والترمذي، ...=

وعلى هذا المُسافِرُ إذا نَزَلَ بأرضٍ مُباحةٍ أو رِباطٍ صارَ أحَقَّ بها ولم يَكُنْ لِمَنْ يجيءُ بعدَه أنْ يُزْعِجَه عنها وإذا صارَ أحَقَّ بها فلا يُقْطِعُها الإمامُ غيرَه إلاّ إذا عَطَّلَها المُتَحَجِّرُ ثلاثَ سِنينَ ولم يَعْمُرْها.

(وأمّا) بيانُ حُكْمِ أرضِ المَواتِ إذا مُلِكَتْ فيختَصُّ بها حُكْمانِ:

أحدُهما: حُكْمُ الحريمِ.

والثاني: الوظيفةُ من العُشْرِ والخراجِ، أمّا الأوّلُ: فالكَلامُ فيه في موضِعَيْنِ أحدُهما: في أصلِ الحريمِ، والثّاني: في قدرِه.

-**(أمّا) أصلُه:** فلا خلافَ في أنّ مَنْ حَفَرَ بئْرًا في أرضِ المَواتِ يكونُ لها حَريمٌ حتى لو أرادَ أحدٌ أنْ يَحْفِرَ في حَريمِه له أنْ يَمْنَعَه؛ لأنّ النّبيَّ عليه الصلاة والسلام جعل للبِئْرِ حَريمًا، وكذلك العَيْنُ لها حَريمٌ بالإجماعِ؛ لأنّه عليه الصلاة والسلام جعل لِكُلِّ أرضٍ حَريمًا وأمّا النّهْرُ: فقد ذَكَرْنا الكَلامَ فيه وأمّا تَقْديرُه: فحَريمُ العَيْنِ خمسُمِائةِ ذِراعٍ [١] بالإجماعِ وبه نَطَقَتِ السُّنّةُ وهو قولُه عليه الصلاة والسلام: «للعَيْنِ خمسُمِائةِ ذِراعٍ» وحَريمُ بئْرِ العَطَنِ أربَعونَ ذِراعًا بالإجماعِ نَطَقَتْ به السُّنّةُ قال النّبِيُّ عليه الصلاة والسلام: «وحَرِيمُ بئْرِ العَطَنِ أربَعُونَ ذِراعًا» [٢].

وأمّا حَريمُ بئْرِ النّاضِحِ فقد اختُلِفَ فيه عند أبي حنيفةَ - رحمه الله - أربَعونَ ذِراعًا وعندَهما سِتّونَ ذِراعًا، احتَجّا بما رُوِيَ عن النّبِيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «وحَرِيمُ بئْرِ النّاضِحِ سِتُّونَ ذِراعًا» [٣].

-**(وجه) قولِ أبي حنيفة:** أنّ المِلْكَ في المَواتِ يَثْبُتُ بالإحياءِ بإذنِ الإمامِ أو بغيرِ إذنِه ولم يوجَدْ منه إحياءُ الحريمِ، وكذا إذنُ الإمامِ يَتَناوَلُ الحريمَ مقصودًا إلاّ أنّ دُخولَ الحريمِ لِحاجةِ البِئْرِ إليه، وحاجةُ النّاضِحِ تَنْدَفِعُ بأربَعينَ ذِراعًا من كُلِّ جانِبٍ كحاجةِ العَطَنِ فبَقِيَ

=برقم (٨٨١)، وابن ماجه، برقم (٣٠٠٦)، وأحمد، برقم (٢٥١٩٠)، والدارمي، برقم (١٩٣٧) من حديث عائشة رضي الله عنهما، والحديث حسنه الألباني في صحيح الجامع الصغير رقم (٦٦٢٠)، وضعفه في ضعيف سنن أبي داود، وضعيف جامع الترمذي، وفي ضعيف سنن ابن ماجه.

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/ ١٥٥)، برقم (١١٦٤٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٣٨٩)، برقم (٢١٣٥٥).

(٢) انظر ما قبله.

(٣) انظر ما قبله.

الزّيادةُ على ذلك على حُكْمِ المَواتِ، والحديثُ يحتملُ أنّه قال عليه الصلاة والسلام ذلك في بئْرٍ خاصٍّ، وللإمامِ وِلايَةُ ذلك.

-**(وامّا) حريمُ النّهرِ:** فقد اختَلَفَ أبو يوسفَ ومحمّدٌ في تَقْديرِه فعندَ أبي يوسفَ قدرُ نصفِ بَطْنِ النّهرِ من كُلِّ جانِبٍ، النِّصْفُ من هذا الجانِبِ والنِّصْفُ من ذلك الجانِبِ، وعند محمّدٍ قدرُ جميعِ بَطْنِ النّهْرِ من كُلِّ جانِبٍ قدرُ جميعِه.

(وأمّا) النّهْرُ إذا حُفِرَ في أرضِ المَواتِ فمنهم مَنْ ذَكَرَ الخلافَ فيه بين أبي حنيفةَ وصاحبَيْه، والصّحيحُ أنّ له حَريمًا بلا خلافٍ لِما قُلْنا.

-**(وامّا) الثّاني:** حُكْمُ الوظيفةِ فإنْ أحْياها مسلمٌ، قال أبو يوسفَ: إنْ كانت من حَيِّزِ أرضِ العُشْرِ فهي عُشْريّةٌ، وإنْ كانت من حَيِّزِ أرضِ الخراج فهي خَراجيّةٌ.

وقال محمّد: إنْ أحْياها بماءِ العُشْرِ فهي عُشْريّةٌ، وإنْ أحْياها بماءِ الخراج فهي خَراجيّةٌ، وإنْ أحْياها ذِمّيٌّ فهي خَراجيّةٌ كيْفَ ما كان بالإجماعِ وهي من مَسائلِ كِتابِ العُشْرِ والخراج - واللّه تعالى عَزَّ شَأنُه أعلمُ -.

* * *

كتاب المفقود



كتاب المفقود

الكَلامُ في المَفْقودِ يقَعُ في أربعةِ مَواضِعَ:

في تفسيرِ المَفْقودِ.

وفي بيانِ حالِه.

وفي بيانِ ما يُصْنَعُ بمالِه.

وفي بيانِ حُكْمِ مالِه.

امّا الأوّل: فالمَفْقودُ اسمٌ لِشَخْصٍ غابَ عن بَلَدِه ولا يُعْرَفُ خَبَرُه أنّه حَيٌّ أم مَيِّتٌ.

فصل [في حال المفقود]

وَامّا حالُ المَفْقودِ: فعِبارةُ مَشايِخِنا - رحمهم الله - عن حالِه أنّه حَيٌّ في حَقِّ نفسِه مَيِّتٌ في حَقِّ غيرِه، والشَّخْصُ الواحدُ لا يكونُ حَيًّا ومَيِّتًا حَقيقةً لِما فيه من الاستِحالةِ ولَكِنْ معنى هذِه العِبارةِ أنّه تَجْري عليه أحْكامُ الأحْياءِ فيما كان له فلا يورَثُ مالُه ولا تَبينُ امرأتُه كأنّه حَيٌّ حَقيقةً وتَجْري عليه أحْكامُ الأمواتِ فيما لم يَكُنْ له فلا يَرِثُ أحدًا كأنّه مَيِّتٌ حَقيقةً؛ لأنّ الثّابِتَ باستِصْحابِ الحالِ يَصْلُحُ لإبْقاءِ ما كان على ما كان ولا يَصْلُحُ لإثْباتِ ما لم يَكُنْ ومِلْكُه في أحْكامِ أموالِه ونِسائه أمرٌ قد كان واستَصْحَبنا حالَ الحياةِ لإبْقائه وأمّا مِلْكُه في مالِ غيرِه: فأمرٌ لم يَكُنْ فتَقَعُ الحاجةُ إلى الإثْباتِ واستِصْحابُ الحالِ لا يَصْلُحُ حُجّةً لإثْباتِ ما لم يَكُنْ.

وتَحْقيقُ العِبارةِ عن حالِه أنّ [حاله] (١) غيرُ مَعْلومٍ، يحتملُ أنّه حَيٌّ ويحتملُ أنّه مَيِّتٌ [٤/ ٥٠أ]، وهذا يَمْنَعُ التّوارُثَ والبَيْنونةَ؛ لأنّه إنْ كان حَيًّا يَرِثُ أقارِبَه ولا يَرِثونَه ولا تَبينُ امرأتُه.

وإنْ كان مَيِّتًا لا يَرِثُ أقارِبَه ويَرِثونَه والإرْثُ من الجانِبَيْنِ أمرٌ لم يَكُنْ ثابِتًا بيَقينٍ فوَقَعَ (٢) الشَّكُّ في ثُبوتِه فلا يَثْبُتُ بالشَّكِّ والاحتِمالِ، وكذلك البَيْنونةُ على الأصلِ

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) في المخطوط: «وقع».

الْمَعْهودِ في الثَّابِتُ بيَقينٍ [أنه] [١] لا يَزولُ بالشَّكِّ، وغيرُ الثَّابِتِ بيَقينٍ لا يَثْبُتُ بالشَّكِّ.

فإذا [٢] مات واحدٌ من أقارِبه يوقَفُ نَصيبُه إلى أنْ يَظْهَرَ حالُه أنّه حَيٌّ أم مَيِّتٌ لاحتِمالِ الحياةِ والموتِ للحالِ حتى إنّ مَنْ هَلك وتَرَكَ ابنًا مَفْقودًا وابنَتَيْنِ وابنَ ابنٍ وطَلَبَتِ [٣] الابنَتانِ الميراثَ فإنّ القاضيَ يَقْضي لهما بالنِّصْفِ ويوقِفُ (النِّصْفَ الثّانيَ) [٤] إلى أنْ يَظْهَرَ حالُه؛ لأنّه إنْ كان حَيًّا كان له النِّصْفُ والنِّصْفُ لِلابنَتَيْنِ ولا شيءَ لابنِ الابنِ وإنْ كان مَيِّتًا كان لِلابنَتَيْنِ الثُّلُثانِ والباقي لابنِ الابنِ فكان استحقاقُ النِّصْفِ لِلابنَتَيْنِ ثابِتًا بيَقينٍ فيُدْفَعُ ذلك إليهما ويوقَفُ النِّصْفُ الآخَرُ إلى أنْ يَظْهَرَ حالُه فإنْ لم يَظْهَرْ حتى مَضَتِ المُدّةُ التي يُعْرَفُ فيها موتُه يُدْفَعُ [٥] الثُّلُثانِ إليهما والباقي لابنِ الابنِ وكذا لو [٦] أوصَى له بشيءٍ يوقَفُ، وكذا إذا فُقِدَ المُرْتَدُّ ولا يُدْرَى أنّه لَحِقَ بدارِ الحربِ أم لا، (توقَفُ تَرِكَتُه) [٧] كالمسلمِ.

فصل [فيما يصنع بماله]

وأمّا بيانُ ما يُصْنَعُ بمالِه فالذي يُصْنَعُ [بماله] [٨] أنواعٌ: منها: أنّ القاضيَ يَحْفَظُ مالَه يُقيمُ مَنْ يُنَصِّبُه للحِفْظِ؛ لأنّه مالٌ لا حافِظَ له لِعَجْزِ صاحبه عن الحِفْظِ فيَحْفَظُ عليه القاضي نَظَرًا له كما يَحْفَظُ مالَ الصّبيِّ والمجنونِ الذي لا وليَّ لهما.

ومنها: أنّه يَبيعُ من مالِه ما يَتَسارَعُ إليه الفسادُ ويَحْفَظُ ثَمَنَه؛ لأنّ ذلك حِفْظٌ له مَعْنًى ولا يَأخُذُ مالَه الذي في يَدِ مودَعِه ومُضارِبه ليَحْفَظَه؛ لأنّ يَدَهما يَدُ نيابةٍ عنه في الحِفْظِ فكان مَحْفوظًا بحِفْظِه مَعْنًى فلا حاجةَ إلى حِفْظِ القاضي.

ومنها: أنّه يُنْفِقُ على زَوْجَتِه من مالِه إنْ كان عالِمًا بالزَّوْجيّةِ؛ لأنّ الإنفاقَ عليها [٩] إحياءٌ لها فكان من بابِ حِفْظِ مِلْكِ الغائبِ عليه عند عَجْزِه عن الحِفْظِ بنفسِه فيَمْلِكُه كما يَمْلِكُ حِفْظَ مالِه.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «وإذا».
(٣) في المخطوط: «فطلبت».
(٤) في المخطوط: «نصيب الآخر».
(٥) في المخطوط: «فيدفع».
(٦) في المخطوط: «إذا».
(٧) في المخطوط: «يوقف ميراثه أنه».
(٨) زيادة من المخطوط.
(٩) في المخطوط: «على زوجته».

ومنها: أنّه يُنْفِقُ من مالِه على أولادِه الصِّغارِ الذُّكورِ والإناثِ وعلى أولادِه الفُقَراءِ الزَّمْنَى من الذُّكورِ والفقيراتِ من الإناثِ سَواءٌ كُنّ زَمْنَى أو لا، وعلى أولاده المُحْتاجَيْنِ إنْ كان عالِمًا بالنّسَبِ؛ لأنّ نَفَقةَ أولادِه [١] إنّما تَجِبُ بحُكْمِ الجُزْئيّةِ والبعضيّةِ إحياءً لهم [٢]، وإحياءُ نفسِه واجبٌ فكذا إحياءُ جُزْئِه وكُلِّه فكان الإنْفاقُ عليهم من مالِه إحياءً لهم مَعْنًى وهو عاجزٌ عن ذلك بنفسِه فيقومُ به القاضي.

وإنْ لم يَعْلم القاضي بالزَّوْجيّةِ والنّسَبِ [٣] فأحْضروا رجلًا في يَدِه مالٌ وديعةً للمَفْقودِ أو مُضارَبةً أو عليه دَيْنٌ له فأقَرَّ الرّجلُ بذلك وبالزَّوْجيّةِ والنّسَبِ [٤] أنْفَقَ عليهم من ذلك المالِ؛ لأنّ للمَرْأةِ أنْ تأخُذَ نَفَقَتَها [٥] من مالِ زَوْجِها إذا ظَفِرَتْ به قدرَ ما يَكْفيها قال النّبيُّ ﷺ لهند امرأةِ أبي سُفْيانَ: «خُذِي من مالِ أبي سُفيانَ ما يَكْفِيكِ ووَلَدَكِ بالمَعْرُوفِ» [٦] فإذا أقَرَّ أنّ هذا مالَه وهذِه امرأتُه ثَبَتَ لها حَقُّ الأخْذِ، وكذا في الأولادِ يَأخُذُ البعضُ كِفايَتَه من مالِ البعضِ عند الحاجةِ فإذا أقَرَّ بالنّسَبِ [٧] والمالِ فقد ثَبَتَ لهم حَقُّ الأخْذِ، وهذا قولُ أصحابِنا الثّلاثةِ رضي الله عنهم.

وعند زُفَرَ - رحمه الله - ليس للقاضي ذلك لِكَوْنِه قَضاءً على الغائبِ ونَحْنُ [٨] نَقولُ: ليس هذا من بابِ القَضاءِ على الغائبِ بل هو من بابِ النّظَرِ للغائبِ وللقاضي وِلايةُ النّظَرِ للغائبِ لِما عُلِمَ على ما ذَكَرْنا في كِتابِ النّفَقاتِ.

ولو أخذ القاضي منهم كفيلًا كان حَسَنًا لِجوازِ أنْ يَحْضُرَ المَفْقودُ فيُقيمَ البَيِّنةَ على أنّه كان طَلَّقَ امرأتَه أو كان أعطاهم [٩] النّفقةَ مُعَجَّلةً هذا إذا أقَرَّ الرّجلُ بهما فأمّا إذا أنْكَرَهما جميعًا أو أقَرَّ بأحدِهما دونَ الآخرِ فأقاموا البَيِّنةَ على ذلك لا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهم؛ لأنّه يكونُ قَضاءً على الغائبِ وله من غيرِ أنْ يكونَ عنه وله خَصْمٌ حاضِرٌ؛ لأنّ المودَعَ والمُضارِبَ

---

(١) في المخطوط: «الولاد».
(٢) في المخطوط: «له».
(٣) في المخطوط: «والسبب».
(٤) في المخطوط: «والسبب».
(٥) في المخطوط: «بنفسها».
(٦) أخرجه البخاري، كتاب: الأحكام، باب: القضاء على الغائب برقم (٧١٨٠)، ومسلم، كتاب: الأقضية، باب: قضية هند، برقم (١٧١٤)، وأبو داود، كتاب: البيوع، باب: في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، برقم (٣٥٣٢) من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٧) في المخطوط: «بالسبب».
(٨) في المخطوط: «لأنا».
(٩) في المخطوط: «أوفاهم».

والغَريمَ ليسوا خُصَماءَ عن الغائبِ في إثْباتِ الزَّوْجيّةِ وإيجابِ النَّفَقةِ عليه، وكذا الأولادُ والوالِدونَ (١) والمَرْأةُ (ليسوا خُصَماءَ) (٢) للغائبِ في إثْباتِ مِلْكِ المالِ له وكُلُّ ذلك لا يجوزُ فإنْ أعطَوْهم شيئًا فهو من مالِ أنْفُسِهم؛ لأنّهم مُتَطوِّعونَ في ذلك ولا يُنْفِقُ من مالِه على مَنْ سِواهم من ذَوي الأرحامِ؛ لأنّ نَفَقَتَهم [٤/ ٥٠ب] ليستْ بعِلّةِ الجُزْئيّةِ والبعضيّةِ لِعَدَمِها بل بطريقِ الصِّلةِ والبِرِّ بهم والإحسانِ إليهم.

ألا تَرَى أنّهم (٣) ليس لهم أنْ يَمُدّوا أيديَهم فيَأْخُذوا من مالِه عند حاجَتِهم إليه بخلافِ الوالِدَيْنِ والمولودينَ فكان الإنْفاقُ عليهم من مالِه قَضاءً على الغائبِ والأصلُ أنّ كُلَّ مالٍ ثَبَتَ حَقُّ الأخْذِ منه للمُنْفَقِ عليه من غيرِ قَضاءِ القاضي [للقاضي] (٤) أنْ يُنْفِقَ منه، وما لا يَثْبُتُ حَقُّ الأخْذِ منه إلاّ بقَضاءٍ ليس للقاضي أنْ يُنْفِقَ منه والله أعلم.

ثم القاضي إنّما يُنْفِقُ من مالِ المَفْقودِ على ما ذَكَرْنا إذا كان المالُ دراهمَ أو دَنانيرَ أو طَعامًا أو ثيابًا هي من جنسِ كِسْوَتِها.

فأمّا إذا كان من جنسٍ آخَرَ من العُروضِ والعَقارِ فلا يُنْفِقُ؛ لأنّه لا يُمْكِنُه الإنْفاقُ إلاّ بالبيعِ وليس للقاضي أنْ يَبيعَ العَقارَ والعُروضَ على الغائبِ بالإجماعِ؛ لأنّ البيعَ على الغائبِ في معنى الحجرِ عليه والحجرُ على الحُرِّ البالِغِ لا يجوزُ عند أبي حنيفةَ وعندَهما إنْ جازَ على الحاضِرِ لَكِنْ لا يجوزُ على الغائبِ؛ لأنّ الجوازَ على الحاضِرِ لِدَفْعِ الظُّلْمِ بالامتِناعِ عن قَضاءِ الدَّيْنِ مع القُدْرةِ على القَضاءِ (٥) من ثَمَنِ العَيْنِ (٦) ولم يَتَحقَّقِ الظُّلْمُ منه حالةَ الغَيْبةِ لَمّا لم يُعْرَفْ منه الامتِناعُ من الإنْفاقِ فافْتَرَقَ الحالانِ، وإنّما مَلك بيعَ ما يَتَسارَعُ إليه الفسادُ؛ لأنّ ذلك وإنْ كان بيعًا صورةً فهو حِفْظٌ وإمساكٌ له مَعْنًى، والقاضي يَمْلِك حِفْظَ مالِ المَفْقودِ وأمّا الأبُ فليس له أنْ يَبيعَ العَقارَ في نَفَقةِ الغائبِ من غيرِ إذْنِ القاضي بالإجماعِ وأمّا المَنْقولُ فلَه أنْ يَبيعَه عند أبي حنيفةَ من غيرِ أمرِ (٧) القاضي وعندَهما لا يَبيعُ المَنْقولَ كما لا يَبيعُ العَقارَ (لِما عُلِمَ) (٨) في كِتابِ النَّفَقاتِ - واللّه تعالى أعلمُ -.

---

(١) في المخطوط: «والولد».
(٢) في المخطوط: «ليس أحدهما خصمًا».
(٣) في المخطوط: «أنه».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «القصاص».
(٦) في المخطوط: «الغير».
(٧) في المخطوط: «إذن».
(٨) في المخطوط: «والمسألة قد مرت».

فصل [في حكم مال المفقود]

وَأمَّا (١) حُكْمُ مالِه: فهو أنّه إذا مَضَتْ من وقتِ وِلادَتِه مُدّةٌ لا يَعيشُ إليها عادةً يُحكَمُ بموتِه ويُعْتَقُ (٢) أُمَّهاتُ أولادِه ومُدَبَّروه وتَبينُ امرأتُه، ويَصيرُ مالُه ميراثًا لِوَرَثَتِه الأحْياءِ وقتَ الحُكْمِ، ولا شيءَ لِمَنْ مات قبلَ ذلك، ولم يُقَدِّرْ لِتلك المُدّةِ في ظاهرِ الرِّوايةِ تَقْديرًا.

ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنّه قَدَّرَها بمِائةٍ وعشرينَ سَنةً من وقتِ وِلادَتِه، وذَكَرَ محمّدٌ في الأصلِ أنّه (٣) فُقِدَ رجلٌ بصِفّينَ أو بالجمَلِ ثم اختَصَمَ ورَثَتُه في مالِه في زَمَنِ أبي حنيفةَ - عليه الرَّحْمةُ - فقَسَمَ (٤) بينهم وقيلَ: كانت وفاةُ سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه في سَنةِ أربَعينَ ووَفاةُ أبي حنيفةَ رضي الله عنه [كانت] (٥) في سَنةِ مِائةٍ وخمسينَ ورُوِيَ عن محمّدٍ - رحمه الله - أنّه قَدَّرَها بمِائةِ سَنةٍ فإذا مَضَتِ المُدّةُ المُقَدَّرةُ يُحْكَمُ بموتِه وتَثْبُتُ جميعُ الأحكامِ المُتَعَلِّقةِ بالمُدّةِ كما إذا قامَتِ البَيِّنةُ على موتِه - واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ -.

* * *

---

(١) في المخطوط: «فأما».

(٢) في المخطوط: «وتعتق».

(٣) في المخطوط: «وإذا».

(٤) في المخطوط: «قسمه».

(٥) زيادة من المخطوط.



كتاب اللقيط



كتاب اللقيط

الكَلامُ في اللَّقيطِ في مَواضِعَ:

في تفسيرِ اللَّقيطِ لُغةً وعُرْفًا.

وفي بيانِ حالِه.

وفي بيانِ ما يَتَعَلَّقُ به من الأحْكامِ.

أمّا تفسيره في اللُّغةِ: فهو فعيلٌ من اللَّقْطِ وهو اللِّقاءُ بمعنى المَفْعولِ، وهو [١] المَلْقوطُ (وهو المُلْقَى أو الأخْذُ والرَّفْعُ بمعنى المَلْقوطِ) [٢] وهو المَأخوذُ والمَرْفوعُ عادةً لِما أنّه يُؤخَذُ فيُرْفَعُ.

وأمّا في العُرْفِ فنَقولُ هو اسمٌ لِلطِّفْلِ المَفْقودِ المنبوذ وهو المُلْقَى أو الطِّفْلِ المَأخوذِ والمَرْفوعِ عادةً لما أنه يوجد ويرفع عادة فكان تسميتُه لَقيطًا باسمِ العاقِبةِ؛ لأنّه يُلْقَطُ عادةً أي: يُؤخَذُ ويُرْفَعُ وتسميةُ الشّيءِ باسمِ عاقِبَتِه أمرٌ شائعٌ في اللُّغةِ قال الله تعالى جَلَّ شَأنُه: ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗاۖ﴾ [يوسف:٣٦] وقال الله تعالى جَلَّ شَأنُه: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٞ وَإِنَّهُم مَّيِّتُونَ﴾ [الزمر:٣٠] سَمَّى العِنَبَ خَمْرًا والحيَّ الذي يحتملُ الموتَ مَيِّتًا باسمِ العاقِبةِ كذا هذا.

فصل [في بيان حال اللقيط]

وَأمّا بيانُ حالِه فلَه أحْوالٌ ثلاثٌ لا بُدَّ من التّعَرُّفِ عنها: حالة في الحُرّيّةِ والرِّقِّ وحالة في الإسلام والكفر، وحالة في النَّسَبِ.

أمّا حالُه في الحُرّيّةِ والرِّقِّ: فهو أنّه حُرٌّ من حيث الظّاهر، كذا رويَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ وسَيِّدِنا عَليٍّ أنّهما حَكَما بكَوْنِ اللَّقيطِ حُرًّا؛ ولأنّ الأصلَ هو الحُرّيّةُ في بَني آدَمَ؛ لأنّ النّاسَ كُلَّهم أولادُ سَيِّدِنا آدَمَ عليه الصلاة والسلام وحَوّاءَ وهما كانا حُرَّيْنِ والمُتَوَلِّدُ من الحُرَّيْنِ يكونُ حُرًّا وإنّما حَدَثَ الرِّقُّ في البعضِ شرعًا بعارِضِ الاستيلاءِ بسببِ عارِضٍ وهو الكُفْرُ الباعِثُ على الحِرابِ فيجبُ العملُ بالأصلِ حتى يقومَ الدَّليلُ على العارِضِ

---

(١) في المخطوط: «بمعنى».

(٢) في المخطوط: «والأخذ والرفع بمعنى المفعول».

فرُتِّبَ [١] عليه أحْكامُ الأحْرارِ من أهليّةِ الشَّهادةِ والإعتاقِ والتّدْبيرِ والكِتابةِ واستحقاقِ الحدِّ على قاذِفِه وغيرِ ذلك من الأحْكامِ [٤/ ٥١أ] المُخْتصّةِ بالأحْرارِ إلاّ أنّه لا يُحَدُّ قاذِفُ أمةٍ؛ لأنّ إحصانَ المقذوفِ شرطُ [انعِقادِ عِلّةٍ توجِبُ على القاذِفِ] [٢] ولم يُعْرَفْ إحصانُها لانعِقادِ القَذْفِ عليه لِوُجوبِ الحدِّ [٣] على القاذِفِ.

ولو ادَّعَى المُلْتَقِطُ أو غيرُه أنّه عبدُه لا يُسْمَعُ منه إلاّ ببيِّنةٍ؛ لأنّ حُرّيّتَه ثابِتةٌ من حيث الظّاهر فلا يَقْدِرُ على إبطالِ هذا الظّاهرِ إلاّ بدَليلٍ ولو بَلَغَ فأقَرَّ أنّه عبدُ فُلانٍ نُظِرَ في ذلك إنْ كان لم يجْرِ عليه شيءٌ من أحْكامِ الأحْرارِ بعدُ قَبولِ شهادَتِه وضرْبِ قاذِفِه الحدَّ ونحوِه [٤] صَحَّ إقرارُه؛ لأنّه لم تُعْرَفْ حُرّيّتُه إلاّ بظاهِرِ الحالِ فإذا أقَرَّ بالرِّقِّ (فالظّاهرُ أنّه لا يُقِرُّ) [٥] على نفسِه بالرِّقِّ كاذِبًا ظاهرًا فصَحَّ [٦] إقرارُه إلاّ أنّه لا يُعْتَبَرُ في إبطالِ ما يَفْعَلُه من التّصرُّفاتِ من الهبةِ والكَفالةِ والإعتاقِ والنِّكاح ونحوِها من التّصرُّفاتِ التي لا يَمْلِكُها العبدُ حتى لا تَنْفَسِخَ، وهذا عندَنا.

وقال الشّافعيُّ - رحمه الله - في أحدِ قوليه: (يَنْفَسِخُ وجه قولِه أنّه) [٧] لَمّا أقَرَّ بالرِّقِّ فقد ظَهَرَ أنّه كان رَقيقًا وقتَ التّصرُّفِ فلم يَصِحَّ تَصرُّفُه كما إذا قامَتِ البَيِّنةُ على رِقِّه.

ولَنا: أنّ هذا إقرارٌ تَضَمَّنَ [٨] إبطالَ حَقِّ الغيرِ؛ لأنّ حُرّيّتَه ثابِتةٌ من حيث الظّاهر فلا يُصَدَّقُ في حَقِّ ذلك الغيرِ لِما عُرِفَ أنّ الإقرارَ تَصرُّفٌ [٩] على نفسِ المُقِرِّ فإذا تَضَمَّنَ إبطالَ حَقِّه حَقَّ الغيرِ كان دَعْوَى أو شهادةً على غيرِه من ذلك الوجه فيُصَدَّقُ على نفسِه لا على غيرِه، كمَنْ أقَرَّ بحُرّيّةِ عبدِ إنسانٍ ثم اشتراه عَتَقَ عليه ولا يرجعُ بالثّمَنِ على البائعِ لِما قُلْنا كذا هذا.

والاستِدْلالُ بالبَيِّنةِ غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ الشّاهدَ غيرُ مُتَّهَمٍ في شهادَتِه [على غيرِه] [١٠]، فأمّا المُقِرُّ في إقرارِه على غيرِه فمُتَّهَمٌ فهو الفرْقُ والله أعلم.

وإنْ كان قد أُجْريَ عليه شيءٌ من ذلك لا يَصِحُّ إقرارُه؛ لأنّه إذا أُجْرِيَ عليه شيءٌ من

---

(١) في المخطوط: «فيترتب».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «القذف».
(٤) في المخطوط: «ونحو ذلك».
(٥) في المخطوط: «والإنسان لا يقدر».
(٦) في المخطوط: «صح».
(٧) في المخطوط: «يفسخ لأنه».
(٨) في المخطوط: «يتضمن».
(٩) في المخطوط: «يصرف».
(١٠) ليست في المخطوط.

أحْكامِ الأحْرارِ فقد ظَهَرَتْ حُرِّيَّتُه عند النّاس كافّةً فظَهَرَ أنّه حُرُّ الأصلِ فلا يَمْلِكُ إبطالَها بالإقرارِ بالرِّقِّ.

وأمّا حالُه في الإسلامِ والكُفْرِ فإنْ وجَدَه مسلمٌ في مِصْرٍ من أمصارِ المسلمينَ أو في قَرْيةٍ من قُراهم يكونُ مسلمًا حتى لو مات (يُغَسَّلُ ويُصَلَّى) [١] عليه ويُدْفَنُ في مَقابِرِ المسلمينَ، وإنْ وجَدَه [٢] ذِمّيٌّ في بيعةٍ أو كنيسةٍ أو في قَرْيةٍ ليس فيها مسلمٌ يكونُ ذِمّيًّا تَحْكيمًا لِلظّاهِرِ (كما إذا) [٣] وجَدَه مسلمٌ في بيعةٍ أو كنيسةٍ أو في قَرْيةٍ من قُرَى أهلِ الذِّمّةِ يكونُ ذِمّيًّا.

ولو وجَدَه ذِمّيٌّ في مِصْرٍ من أمصارِ المسلمينَ أو [في] [٤] قَرْيةٍ من قُراهم يكونُ مسلمًا كذا ذُكِرَ في كِتابِ اللَّقيطِ من الأصلِ واعتَبَرَ المَكان ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ أنّه اعتَبَرَ حالَ الواجدِ من كونِه مسلمًا أو ذِمّيًّا.

وفي كِتابِ الدَّعْوَى اعتَبَرَ الإسلامَ إلى أيِّهما نُسِبَ إلى الواجدِ أو إلى المَكانِ.

والصّحيحُ رِوايةُ هذا الكِتابِ؛ لأنّ الموجودَ في مَكان هو في أيدي أهلِ الإسلامِ وتَصَرُّفِهم في أيديهم، واللَّقيطُ الذي هو في يَدِ المسلمِ وتَصَرُّفِه يكونُ مسلمًا ظاهرًا، والموجودُ في المَكانِ الذي هو في أيدي أهلِ الذِّمّةِ وتَصَرُّفِهم في أيديهم واللَّقيطُ الذي هو في يَدِ الذِّمّيِّ وتَصَرُّفِه يكونُ ذِمّيًّا ظاهرًا، فكان اعتِبارُ المَكانِ أولى فإنْ وجَدَه مسلمٌ في مِصْرٍ من أمصارِ المسلمينَ فبَلَغَ كافِرًا يُجْبَرُ على الإسلامِ ولَكِنْ لا يُقْتَلُ؛ لأنّه لم يُعْرَفْ إسلامُه حَقيقةً وإنّما حُكِمَ به تَبَعًا لِلدّارِ فلم تَتَحَقَّقْ رِدَّتُه فلا يُقْتَلُ.

وأمّا حالُه في النَّسَبِ فهو [٥] أنّه مجهولُ النَّسَبِ حتى لو ادَّعَى (إنسانٌ نِسبةَ المُلْتَقِطِ أو عِتْقَه) [٦] تَصِحُّ دَعْوَتُه ويَثْبُتُ النَّسَبُ منه (لِما عُلِمَ) [٧] في كِتابِ الدَّعْوَى.

وَأمّا الأحْكامُ المُتَعَلِّقةُ به فأنْواعٌ:

منها: أنّ التِقاطَه أمرٌ مَنْدوبٌ إليه لِما رويَ أنّ رجلًا أتَى سَيِّدَنا عَليًّا رضي الله عنه بلَقيطٍ

---

(١) في المخطوط: «صلي».
(٢) في المخطوط: «وجد».
(٣) في المخطوط: «فإذا».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «فهي».
(٦) في المخطوط: «الملتقط نسبه أو غيره».
(٧) في المخطوط: «على ما ذكرنا».

فقال: هو حُرٌّ ولأنْ أكونَ وُلّيتُ من أمرِه مثلَ الذي وُلّيتَ أنتَ كان أحَبَّ إلَيَّ من كذا وكذا، عَدَّ جُمْلةً من أعمالِ الخيْرِ فقد رَغَّبَ في الالتِقاطِ وبالَغَ في التّرْغيبِ فيه حيث فضَّلَه على جُمْلةٍ من أعمالِ الخيْرِ [1] على المُبالَغةِ في النّدْبِ إليه؛ ولأنّه نفسٌ لا حافِظَ لها بل هي في مضيَعةٍ فكان التِقاطُها إحياءً لها مَعْنًى وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًاۚ﴾ [المائدة:٣٢].

ومنها: أنّ المُلْتَقِطَ أولى بإمساكِه من غيرِه حتى لا يكونَ لِغيرِه أنْ يَأْخُذَه منه؛ لأنّه هو الذي أحْياه بالتِقاطِه ومَنْ أحْيا أرضًا مَيْتةً فهي له على لِسانِ رَسولِ الله صلى الله عليه [٤/٥١ب] وسلم ولأنّه مُباحُ الأخْذِ سَبقَتْ يَدُ المُلْتَقِطِ إليه والمُباحُ مُباحٌ مَنْ سَبَقَ على لِسانِ رَسولِ الله ﷺ.

ومنها: أنّ نَفَقَتَه من بَيْتِ المالِ؛ لأنّ ولاءَه له وقد قال عليه الصلاة والسلام: «**الخراجُ بالضّمانِ**» [2].

ولو كان معه مالٌ مشدودٌ عليه فهو له؛ لأنّ الظّاهرَ أنّه مالُه فيكونُ له كثيابه التي عليه وكذا إذا وُجِدَ مشدودًا على دابّةٍ فالدّابّةُ له لِما قُلْنا وتكونُ النّفَقةُ من مالِه؛ لأنّ الإنْفاقَ من بَيْتِ المالِ لِلضّرورةِ ولا ضرورةَ إذا كان له مالٌ، وليس على المُلْتَقِطِ أنْ يُنْفِقَ عليه من مالِ نفسِه، لانعِدامِ (السَّبَبِ الموجِبِ لِلنّفَقةِ) [3] عليه ولو أنْفَقَ عليه من مالِ نفسِه فإنْ فعَلَ بإذنِ القاضي له أنْ يرجعَ عليه وإنْ فعَلَ بغيرِ إذنِه لا يرجعُ عليه؛ لأنّه يكونُ مُتَطَوِّعًا فيه.

ومنها: أنّ عَقْلَه لِبَيْتِ المالِ؛ لأنّ عاقِلَتَه بَيْتُ المالِ فيكونُ عَقْلُه له لِقولِه عليه الصلاة والسلام: «**الخراجُ بالضّمانِ**».

ومنها: أنّ ولاءَه لِبَيْتِ المالِ لِما قُلْنا.

ومنها: (أنّ له أنْ) [4] يواليَ مَنْ شاء إذا بَلَغَ إلاّ إذا عَقَلَ عنه بَيْتُ المالِ فليس له أنْ يواليَ أحدًا؛ لأنّ العقدَ يَلْزَمُ بالعَقْلِ على ما نَذْكُرُ في كِتابِ الدّياتِ - إنْ شاء الله تعالى - [لِما [illegible] في الولاءِ] [5].

---

(١) زاد في المخطوط: «فيدل».
(٢) سبق تخريجه.
(٣) في المخطوط: «سبب وجوب النفقة».
(٤) في المخطوط: «أنه».
(٥) ليست في المخطوط.

ومنها: أنّ وليَّه السُّلْطانُ، له [١] الوِلايةُ في مالِه ونفسِه لِقولِه عليه الصلاة والسلام: «السُّلْطانُ وليُّ مَنْ لا وليَّ له» [٢].

ورُوِيَ عنه عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «اللَّه ورَسُولُه وليُّ مَنْ لا وليَّ له والخالُ وارِثُ مَنْ لا وارِثَ له والسُّلْطانُ نائبُ (اللَّه ورَسُولِهِ) [٣]» [٤] فيُزَوِّجُ اللَّقيطَ ويَتَصَرَّفُ في مالِه، وليس للمُلْتَقِطِ [٥] أنْ يَفْعَلَ شيئًا من ذلك؛ لأنّه لا وِلايةَ له عليه لانعِدامِ سببِها وهو القَرابةُ والسَّلْطَنةُ إلاّ أنّه يجوزُ (له أنْ يَقْبِضَ الهبةَ له) [٦] ويُسَلِّمَه في صِناعةٍ ويُؤاجِرَه؛ لأنّ ذلك ليس من بابِ الوِلايةِ [عليه] [٧] بل [هو] [٨] من بابِ إصْلاح حالِه وإيصالِ المَنْفَعةِ المَحْضةِ إليه من غيرِ ضرَرٍ فأشبَهَ إطْعامَه وغَسْلَ ثيابه والله اعلم.

ومنها: أنّ نَسَبَه من المُدَّعي يحتملُ الثُّبوتَ شرعًا؛ لأنّه مجهولُ النّسَبِ على ما يَأتي [٩] في كِتابِ الدَّعْوَى، حتى لو ادَّعَى المُلْتَقِطُ أو غيرُه أنّه ابنُه تُسْمَعُ دَعْواه من غيرِ بَيِّنةٍ، وبَيِّنَتُه [١٠] نَسَبُه منه والقياسُ أنْ لا تُسْمع [١١] إلاّ ببيِّنةٍ.

وجه القياس: ظاهرٌ؛ لأنّه يَدَّعي أمرًا جائزَ الوُجودِ والعَدَمِ فلا بُدَّ لِتَرْجيحِ أحدِ الجانِبَيْنِ على الآخَرِ من مُرَجِّحٍ وذلك بالبَيِّنةِ ولم توجَدْ [١٢].

وجه الاستحسان: أنّه عامِلٌ أخْبَرَ بأمرٍ [١٣] مُحْتَمَلِ الثُّبوتِ وكُلُّ مَنْ أخْبَرَ عن أمرٍ

---

(١) زاد في المخطوط: «وله».

(٢) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: النكاح، باب: في الولي، برقم (٢٠٨٣)، والترمذي، برقم (١١٠٢)، وابن ماجه، برقم (١٨٧٩)، وأحمد، برقم (٢٣٨٥١)، والدارمي، برقم (٢١٨٤)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٢٨٥)، برقم (٥٣٩٤). من حديث عائشة رضي الله عنها، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٢٧٠٩).

(٣) في المخطوط: «الرسول ﷺ».

(٤) صحيح: أخرجه الترمذي، كتاب: الفرائض، باب: ما جاء في ميراث الخال، برقم (٢١٠٣)، وابن ماجه، برقم (٢٧٣٧)، وأحمد، برقم (٣٢٥)، والنسائي في الكبرى (٤/ ٧٦)، برقم (٦٣٥١)، وابن حبان (١٣/ ٤٠١)، برقم (٦٠٣٧) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (١٢٥٤).

(٥) في المخطوط: «للقيط».

(٦) في المخطوط: «أن يقبض له الهبة».

(٧) ليست في المخطوط.

(٨) زيادة من المخطوط.

(٩) في المخطوط: «مر».

(١٠) في المخطوط: «ويثبت».

(١١) في المخطوط: «يسمع».

(١٢) في المخطوط: «يوجد».

(١٣) في المخطوط: «بما هو».

والمَخْبَرُ به مُحْتَمَلُ الثُّبوتِ يجبُ تَصْديقُه تَحسينًا لِلظَّنِّ بالمُخْبِرِ، هو الأصلُ إلاّ إذا كان في تَصْديقِه ضررٌ بالغيرِ وههنا في التّصْديقِ وإثْباتِ النّسَبِ نَظَرٌ من الجانِبَيْنِ جانِبِ اللَّقيطِ بشَرَفِ النّسَبِ والتّرْبيةِ والصّيانةِ عن أسْبابِ الهَلاكِ وغيرِ ذلك، وجانِبِ المُدَّعي بوَلَدٍ يَسْتعينُ [1] به على مَصالِحِه الدّينيّةِ والدُّنْيَويّةِ، وتَصْديقُ المُدَّعي في دَعْوَى ما يَنْتَفِعُ به ولا يَتضرَّرُ به غيرُه بل يَنْتَفِعُ به لا يَقِفُ على البَيِّنةِ، وسَواءٌ كان المُدَّعي مسلمًا أو ذِمّيًا [2] أو عبدًا حتى لو ادَّعَى نَسَبَه ذِمّيٌّ تَصِحُّ دَعْوَتُه حتى يَثْبُتَ نَسَبُه منه لَكِنّه يكونُ مسلمًا؛ لأنّه ادَّعَى شيئَيْنِ يُتَصَوّرُ انفصالُ أحدِهما عن الآخَرِ في الجُمْلةِ وهو نَسَبُ الولَدِ وكَوْنُه كافِرًا ويُمْكِنُ تَصْديقُه في أحدِهما لِكَوْنِه نَفْعًا لِلَّقيطِ وهو كونُه ابنًا له ولا يُمْكِنُ تَصْديقُه في الآخَرِ لِكَوْنِه ضررًا به وهو كونُه كافِرًا فيُصَدَّقُ فيما فيه مَنْفَعةٌ فيَثْبُتُ نَسَبُ الولَدِ منه ولا يُصَدَّقُ فيما يَضُرُّه فلا يُحْكَمُ بكُفْرِه، وليس من ضرورةِ كونِ الولَدِ منه أنْ [3] يكونَ كافِرًا ألا تَرَى أنّه يُحْكَمُ بإسلامِه وبإسلامِ أُمّه وإنْ كان الأبُ كافِرًا هذا إذا أقَرَّ الذِّمّيُّ أنّه ابنُه ولا بَيِّنةَ له فإنْ أقامَ البَيِّنةَ على ذلك ثَبَتَ نَسَبُ الولَدِ منه ويكونُ على دينِه بخلافِ الإقرارِ.

ووجه الفرْقِ بين الإقرارِ وبين الشّهادةِ: أنّه مُتّهَمٌ في إقرارِه بما يَتَضمَّنُه إقرارُه وهو كونُ الولَدِ على دينِه ولا تُهْمةَ في الشَّهادةِ لِما مَرَّ.

ولو ادَّعَى عبدٌ أنّه ابنُه صَحَّتْ دَعْوَتُه وثَبَتَ نَسَبُه منه لَكِنّه يكونُ حُرًّا لِما ذَكَرْنا في دَعْوَى الذِّمّيِّ؛ لأنّه ادَّعَى شيئَيْنِ أحدُهما [4] نَفْعُ اللَّقيطِ والآخَرُ مَضرّةٌ - وهو الرِّقُّ - فيُصَدَّقُ فيما يَنْفَعُه لا فيما يَضُرُّه على ما ذَكَرْنا في دَعْوَى [5] الذِّمّيِّ.

ولو ادَّعاه رجلانِ أنّه ابنُهما ولا بَيِّنةَ لهما فإنْ كان أحدُهما مسلمًا [٤/ ٥٢أ] والآخَرُ ذِمّيًّا فالمسلمُ أولى؛ لأنّه أنْفَعُ لِلَّقيطِ، وكذلك إذا كان أحدُهما حُرًّا والآخَرُ عبدًا فالحُرُّ أولى؛ لأنّه أنْفَعُ له، وإنْ كانا مسلمَيْنِ حُرَّيْنِ فإنْ وصَفَ أحدُهما عَلامةً في جَسَدِه فالواصِفُ أولى به عندَنا.

وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - يُرْجَعُ إلى القائفِ فيُؤخَذُ بقولِه، والصّحيحُ قولُنا؛ لأنّ

---

(١) في المخطوط: «ليستعين».
(٢) زاد في المخطوط: «حرًّا».
(٣) في المخطوط: «لا».
(٤) في المخطوط: «واحدهما».
(٥) في المخطوط: «دعوة».

الدَّعْوَتَيْنِ متى تَعارَضَتا يجبُ العملُ بالرّاجحِ منهما وقد تَرَجَّحَ أحدُهما بالعَلامةِ؛ لأنّه إذا رَضيَ [(١)] العَلامةَ ولم يَصِفِ الآخَرَ دَلَّ على أنّ يَدَه عليه سابِقةٌ فلا بُدَّ لِزَوالِها من دَليلٍ، والدَّليلُ على جوازِ العملِ بالعَلامةِ قوله تعالى عَزَّ شَأنُه خَبَرًا عن أهلِ تلك المَرْأةِ: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٢٦ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٢٧ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾ [يوسف: ٢٦-٢٨].

حَكَى الله تعالى عن الحُكْمِ بالعَلامةِ عن الأُمَمِ السّالِفةِ في كِتابه العَزيزِ ولم يُغَيِّرْ عليهم، والحكيمُ إذا حَكَى عن مُنْكَرٍ غَيَّرَه فصارَ الحُكْمُ بالعَلامةِ شريعةً لَنا مُبْتَدَأةً، وكذا عند اختِلافِ الزَّوْجَيْنِ في مَتاعِ البَيْتِ يُمَيِّزُ ذلك بالعَلامةِ كذا ههنا، وإنْ لم يَصِفْ أحدُهما العَلامةَ يُحْكَمُ بكَوْنِه ابنًا لهما إذْ ليس أحدُهما بأولى من الآخَرِ.

فإنْ أقامَ أحدُهما البَيِّنةَ فهو أولى به، وإنْ أقاما جميعًا البَيِّنةَ يُحْكَمُ بكَوْنِه ابنًا لهما؛ لأنّه ليس أحدُهما بأولى من الآخَرِ وقد رويَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه في مثلِ هذا أنّه قال: إنّه ابنُهما يَرِثُهما ويَرِثانِه وهو لِلثّاني [(٢)] منهما فإنِ ادَّعاه أكثرُ من رجلينِ فأقامَ البَيِّنةَ رويَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه أنّه تُسْمَعُ من خمسةٍ.

وقال أبو يوسف: من اثنيْنِ ولا تُسْمَعُ من أكثرَ من ذلك.

وقال محمّد: تُسْمَعُ من ثلاثةٍ ولا تُسْمَعُ من أكثرَ من ذلك.

هذا إذا كان المُدَّعي رجلًا فإنْ كانت امرأةً فادَّعَتْه أنّه ابنُها يرثهما فإنْ صَدَّقَها زَوْجُها أو شَهِدَتْ لها القابِلةُ أو قامَتِ البَيِّنةُ صَحَّتْ دَعْوتُها وإلاّ فلا؛ لأنّ فيه حَمْلَ نَسَبِ الغيرِ على الغيرِ وإنّه لا يجوزُ لِما نَذْكُرُه [(٣)] في كِتابِ الإقرارِ ولو ادَّعاه [(٤)] امرأتانِ وأقامَتْ إحداهما البَيِّنةَ فهي أولى به وإنْ أقامَتا جميعًا فهو ابنُهما عند أبي حنيفةَ، وعند أبي يوسفَ (لا يكونُ لِواحدةٍ) [(٥)] منهما، وعن محمّدٍ رِوايَتانِ في رِوايةِ أبي حَفْصٍ يُجْعَلُ ابنَهما، وفي رِوايةِ أبي سُليمانَ لا يُجْعَلُ ابنَ واحدةٍ منهما - واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ بالصواب -.

---

(١) في المخطوط: «وصف».

(٢) في المخطوط: «للباقي».

(٣) في المخطوط: «ذكرنا».

(٤) في المخطوط: «ادعت».

(٥) في المخطوط: «لا يولون على أخذه».



كتاب اللقطة



كتاب اللقطة

الكَلامُ في اللُّقَطةِ في مَواضِعَ:

في بيانِ أنْواعِها.

وفي بيانِ أحْوالِها.

وفي بيانِ ما يُصْنَعُ بها.

أما الأوّل فنوعان: نوع من غيرِ الحيَوانِ وهو المالُ السّاقِطُ على الأرض لا يُعْرَفُ [من] (١) مالِكُه، ونوعٌ من الحيَوانِ وهو الضّالّةُ من الإبِلِ والبَقَرِ والغَنَم وغيرها من البَهائم إلاّ أنّه يُسَمّى لُقَطةً من اللَّقْطِ وهو الأخْذُ والرَّفْعُ؛ لأنه يُلْقَطُ عادةً أي يُؤخَذُ ويُرْفَعُ على ما ذَكَرْنا في كِتابِ اللَّقيطِ.

فصل [في أحوال اللقطة]

وَأمّا بيانُ أحْوالِها فلها في الأصلِ حالانِ: حالُ ما قبلَ الأخْذِ، وحالُ ما بعدَه.

أما قبلَ الأخْذِ: فلَها أحْوالٌ مُخْتَلِفةٌ قد يكونُ مَنْدوبَ الأخْذِ، وقد يكونُ مُباحَ الأخْذِ، وقد يكونُ حَرامَ الأخْذِ.

أما حالةُ النّدْبِ: فهو (٢) أنْ يُخافَ عليها الضَّيْعةُ لو تَرَكَها فأخْذُها لِصاحِبِها أفضَلُ من تَرْكِها؛ لأنّه إذا خافَ عليها الضَّيْعةَ كان أخْذُها لِصاحِبِها إحياءً لِمالِ المسلمِ مَعْنًى فكان مُسْتَحَبًّا - واللّه تعالى أعلمُ.

وأما حالةُ الإباحةِ: فهو (٣) أنْ لا يَخافَ عليها الضَّيْعةَ فيَأخُذَها لِصاحِبِها، وهذا عندَنا.

وقال الشافعيُ - رحمه الله -: إذا خافَ عليها الضيغة يجبُ أخْذُها وإنْ لم يَخَفْ يُسْتَحَبُّ أخذُها، وزَعَمَ أنّ التّرْكَ عند خَوْفِ الضَّيْعةِ يكونُ تَضْييعًا لها والتّضْييعُ حَرامٌ فكان الأخْذُ واجبًا، وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ التّرْكَ لا يكونُ تَضْييعًا بل [هو] (٤) امتِناعٌ من حِفْظٍ غيرِ مُلْزَمٍ

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) في المخطوط: «فهي».

(٣) في المخطوط: «فهي».

(٤) ليست في المخطوط.

والامتِناعُ من حِفْظٍ غيرِ مُلْزَم [١] لا يكونُ تَضْييعًا كالامتِناعِ عن قَبولِ الوديعةِ.

وأما حالةُ الحُرمةِ: فهو [٢] أنْ يَأخُذَها لِنفسِه لا لِصاحبِها لِما رُوِيَ عن رَسُولِ الله ﷺ أنّه قال: «**لا يَأوِي الضَالّةَ إلّا ضالٌ**» [٣] والمُرادُ [٤] أنْ يَضُمَّها إلى نفسِه لأجلِ نفسِه لا لأجلِ صاحبِها بالرَّدِّ عليه؛ لأنّ الضَّمَّ [٥] إلى نفسِه لأجلِ صاحبِها ليس بحَرامٍ ولأنّه أخذ مالَ الغيرِ بغيرِ إذنِه [٦] لِنفسِه فيكونُ بمعنى الغَصْبِ، وكذا لُقَطةُ البَهيمةِ من الإبِلِ والبَقرِ والغَنَمِ [٤/ ٥٢ب] عندَنا [٧].

وقال الشافعيُّ - رحمه الله -: لا يجوزُ التِقاطُها أصلاً [٨] واحتَجَّ بما رُوِيَ أنّ رجلاً سَألَ رَسُولَ الله ﷺ عن ضالّةِ الإبلِ فقال: «**ما لَك ولها معها حِذاؤُها وسِقاؤُها تَرِدُ الماءَ وتَرْعَى الشّجرَ دَعْها [حتّى]** [٩] **يَلْقاها رَبُّها**» [١٠] نَهى عن التّعرُّضِ لها وأمَرَ بتَرْكِ الأخْذِ فدَلَّ [١١] على حُرْمةِ الأخْذِ.

(ولَنا) ما رويَ أنّ رجلاً وجَدَ بَعيرًا بالحرّةِ فعَرَّفَه، ثم ذَكَرَه (لِسَيِّدِنا عُمَرَ) [١٢]

---

(١) في المخطوط: «ملتزم». (٢) في المخطوط: «فهي».

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب: اللقطة، باب: التعريف باللقطة، برقم (١٧٢٠)، وابن ماجه، برقم (٢٥٠٣)، وأحمد، برقم (١٨٧٠٢)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٤١٦)، برقم (٥٨٠١) من حديث جرير بن عبد الله رضي الله عنه، والحديث صححه الشيخ الألباني في صحيح سنن أبي داود، وضعفه في ضعيف سنن ابن ماجه، وفي إرواء الغليل، برقم (١٥٦٣).

(٤) زاد في المخطوط: «بها». (٥) في المخطوط: «الرد».

(٦) في المخطوط: «إذن صاحبه».

(٧) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوى ص (١٤٠)، شرح فتح القدير (٦/ ١٢٤)، الاختيار (٣/ ٣٤)، البناية (٦/ ٧٧٧)، الدر المختار (٤/ ٢٨١).

(٨) ومذهب الشافعية: أن ما يمتنع من صغار السباع كالإبل والبقر والخيل، والبغال والحمير فإن وجدت في مفازة فللحاكم ونوابه أخذها للحفظ، وأما أخذها للتملك فلا يجوز لأحد، وإن وجدها في قرية فوجهان: أحدهما: لا يجوز التقاطها وأصحهما: جوازه لأنها في العمارة تضيع بتسلط الخونة، أما إذا كان الالتقاط في زمان النهب والفساد فيجوز التقاطها قطعًا سواء وجدت في صحراء أو في عمران، انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٤٢٩)، الوسيط (٤/ ٢٨٩)، الروضة (٥/ ٤٠٢-٤٠٣)، مغني المحتاج (٢/ ٤١٠)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٣٤).

(٩) ليست في المخطوط.

(١٠) أخرجه البخاري: كتاب: في اللقطة، باب: ضالة الإبل، برقم (٢٤٢٧)، ومسلم كتاب: اللقطة، برقم (١٧٢٢) من حديث زيد بن خالد الجهني.

(١١) في المخطوط: «فيدل». (١٢) في المخطوط: «العمر».

رضي الله تعالى عنه فأمَرَه أنْ يُعَرِّفَه فقال الرّجلُ (لِسَيِّدِنا عُمَرَ) [١] قد شَغَلَني عن ضَيْعَتي، فقال سَيِّدُنا عُمَرُ أرسِلْه حيث وجَدْتَه ولأنّ الأخْذَ حالَ خَوْفِ الضَّيْعةِ إحياءٌ لِمالِ المسلمِ فيكونُ مُسْتَحَبًّا وحالَ عَدَمِ الخوْفِ ضرْبُ إحرازٍ فيكونُ مُباحًا على ما ذَكَرْنا.

وأمّا الحديثُ فلا حُجّةَ له فيه؛ لأنّ المُرادَ منه أنْ يكونَ صاحبُه قَريبًا منه ألا تَرَى أنّه قال عليه الصلاة والسلام: «حتّى يَلْقاها رَبُّها» وإنّما يُقالُ ذلك إذا كان قَريبًا أو كان رَجاءُ اللِّقاءِ ثابِتًا، ونَحْنُ به نَقولُ ولا كلامَ فيه.

والدّليلُ عليه: أنّه لَمّا سَأَلَه [٢] عن ضالّةِ الغَنَم قال [٣]: **«خُذْها فإنّها لك أو لأخِيكَ أو لِلذِّئْبِ»** دَعاه إلى الأخْذِ ونَبَّهَ على المعنى وهو خَوْفُ الضَّيْعةِ وأنّه موجودٌ في الإبِلِ والنّصُّ الوارِدُ فيها أولى أنْ يكونَ وارِدًا في الإبِلِ وسائرِ البَهائم دَلالةً إلاّ أنّه ﷺ فصَلَ بينهما في الجوابِ من حيث الصّورة لِهُجومِ الذِّئْبِ على الغَنَمِ إذا لم يَلْقَها [٤] رَبُّها عادةً بَعيدًا كان أو قَريبًا ولا كذلك الإبِلُ؛ لأنّها تَذُبُّ عن نفسِها عادةً.

هذا الذي ذَكَرْنا حالَ ما قبلَ الأخْذِ. وأمّا حالُ ما بعدَه فلَها بعدَ الأخْذِ حالانِ: في حالٍ هي أمانةٌ وفي حالٍ هي مضمونةٌ.

أمّا حالةُ الأمانةِ: فهي أنْ يَأخُذَها لِصاحبِها؛ لأنّه أخذها على سَبيلِ الأمانةِ (فكانت يَدُه يَدَ أمانةٍ) [٥] كيَدِ المودَعِ.

وأمّا حالةُ الضّمانِ: فهي أنْ يَأخُذَها لِنفسِه؛ لأنّ المَأخوذَ لِنفسِه مَغْصوبٌ وهذا (لا خلافَ فيه) [٦] وإنّما الخلافُ في شيءٍ آخَرَ وهو أنّ جِهةَ الأمانةِ إنّما تُعْرَفُ من جِهةِ الضَّمانِ [إمّا] [٧] بالتّصْديقِ أو بالإشْهادِ عند أبي حنيفةَ وعندَهما بالتّصْديقِ أو باليَمينِ حتى لو هَلكتْ فجاءَ صاحبُها وصَدَّقَه في الأخْذِ له لا يجبُ عليه الضَّمانُ بالإجماعِ، وإنْ لم يُشْهِدْ؛ لأنّ جِهةَ الأمانةِ قد ثَبَتَتْ بتَصْديقِه وإنْ كذَّبَه في ذلك فكذا عند أبي يوسفَ ومحمّدٍ أشْهَدَ أو لم يُشْهِدْ ويكونُ القولُ قولَ المُلْتَقِطِ مع يَمينِه.

---

(١) في المخطوط: «لعمر».
(٢) في المخطوط: «سأل».
(٣) في المخطوط: «فقال».
(٤) في المخطوط: «يلقاها».
(٥) في المخطوط: «فكان يده يد المالك».
(٦) في المخطوط: «بلا خلاف».
(٧) ليست في المخطوط.

وأمّا عند أبي حنيفةَ فإنْ أشهَدَ فلا ضَمانَ عليه؛ لأنّه بالإشْهادِ ظَهَرَ أنّ الأخْذَ كان لِصاحبه فظَهَرَ أنّ يَدَه يَدُ أمانةٍ وإنْ لم يَشْهَدْ يجبُ عليه الضَّمانُ ولو أقَرَّ المُلْتَقِطُ أنّه أخذها لِنفسِه يجبُ عليه الضَّمانُ؛ لأنّه أقَرَّ بالغَصْبِ والمَغْصوبُ مضمونٌ على الغاصِبِ.

وجه قولِهما: أنّ الظّاهرَ أنّه أخذه لا لِنفسِه؛ لأنّ الشّرعَ إنّما مَكَّنَه من الأخْذِ بهذِه الجِهةِ فكان إقدامُه على الأخْذِ دَليلاً على أنّه أخْذٌ بالوجه المشروعِ فكان الظّاهرُ شاهدًا له فكان القولُ قوله ولَكِنْ مع الحلِفِ؛ لأنّ القولَ قولُ الأمينِ مع اليَمينِ [١].

ولأبي حنيفة رحمه الله وجهانِ:

أحدُهما أنّ أخْذَ مالِ الغيرِ بغيرِ إذنِه سببٌ لِوُجوبِ الضَّمانِ في الأصلِ إلاّ أنّه إذا كان الأخْذُ على سَبيلِ الأمانةِ بأنْ أخذه لِصاحبه فيخرجُ من أنْ يكونَ سببًا وذلك إنّما يُعْرَفُ بالإشْهادِ فإذا لم يُشْهِدْ لم يُعْرَفْ كونُ الأخذِ لِصاحبه فبَقيَ الأخْذُ سببًا (في حَقِّ وُجوبِ) [٢] الضَّمانِ على الأصلِ.

والثاني: أنّ الأصلَ أنّ عملَ (كُلِّ إنسانٍ) [٣] يكون له لا لِغيرِه بقولِه سبحانه وتعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم:٣٩] وقوله تعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ﴾ [البقرة:٢٨٦] فكان أخْذُه اللُّقَطةَ في الأصلِ لِنفسِه لا لِصاحبِها وأخْذُ مالِ الغيرِ بغيرِ إذنِه لِنفسِه سببٌ لِوُجوبِ الضَّمانِ؛ لأنّه غَصْبٌ وإنّما يُعْرَفُ الأخْذُ لِصاحبِها بالإشْهادِ فإذا لم يوجَدْ (تَعَيَّنَ أنّ) [٤] الأخْذَ لِنفسِه فيجبُ عليه الضَّمانُ.

ولو أخذ اللُّقَطةَ ثم رَدَّها إلى مَكانِها الذي أخذها منه لا ضَمانَ عليه في ظاهرِ الرِّوايةِ وكذا نَصَّ عليه محمّدٌ رحمه الله في الموَطَّأِ، وبعضُ مَشايِخِنا - رحمهم الله - قالوا: هذا الجوابُ فيما إذا رَفَعَها ولم يَبْرَحْ عن ذلك المَكانِ حتى وضَعَها في موضِعِها فأمّا إذا ذهبَ بها عن ذلك المَكانِ [ثم رَدَّها إلى مَكانِها] [٥] يَضْمَنُ [٦] وجوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ مُطْلَقٌ عن هذا التَّفْصيلِ مُسْتَغْنٍ عن هذا التّأويلِ.

---

(١) في المخطوط: «الأمين».
(٢) في المخطوط: «الوجوب».
(٣) في المخطوط: «الإنسان».
(٤) في المخطوط: «بقي».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١١/ ١٤).

وقال الشافعيُ - رحمه الله -: يَضْمَنُ ذهبَ عن ذلك المَكانِ أو لم يَذْهَبْ [١].

وجه قولِه: أنّه [٤/ ٥٣أ] لَمّا أخذها من مَكانِها فقد التَزَمَ حِفْظَها بمنزلةِ قَبولِ الوديعةِ فإذا رَدَّها إلى مَكانِها فقد ضَيَّعَها بتَرْكِ الحِفْظِ المُلْتَزَمِ فأشبَهَ الوديعةَ إذا ألقاها المودعُ على [٢] قارِعةِ الطَّريقِ حتى ضاعَتْ.

(ولَنا) أنّه أخذها مُحْتَسِبًا مُتبرِّعًا ليَحْفَظَها على صاحبِها فإذا رَدَّها إلى مَكانِها فقد فسخ التَّبرُّعَ من الأصلِ فصارَ كأنّه لم يَأْخُذْها أصلاً وبه تَبَيَّنَ أنّه لم يَلْزَم [٣] الحِفْظُ وإنّما تَبَرَّعَ به وقد رَدَّه [٤] بالرَّدِّ إلى مَكانِها فارتَدَّ وجُعِلَ كأنْ لم يَكُنْ.

هذا إذا كان أخذها لِصاحبِها ثم رَدَّها إلى مَكانِها فضاعَتْ وصَدَّقَه صاحبُها فيه أو كذَّبَه لَكِنّ المُلْتَقِطَ قد كان أشهَدَ على ذلك فإنْ كان لم يُشْهِدْ [عليه] [٥] يجبُ عليه الضَّمانُ عند أبي حنيفةَ وعندَهما لا يجبُ أشهَدَ أو لم يُشْهِدْ ويكونُ القولُ قوله مع يَمينِه أنّه أخذها لِصاحبِها على ما ذَكَرْنا [٦].

ثم تفسيرُ الإشْهادِ على اللُّقْطةِ أنْ يقولَ المُلْتَقِط بمسمَعٍ من النّاس: إنّي التَقَطْت لُقَطةً أو عندي لُقَطةٌ (فأيُّ النّاس أنْشَدَها) [٧] فدُلّوه عَلَيَّ، أو يقولَ: عندي شيءٌ فمَنْ رَأيتُموه [٨] يَسْألُ شيئًا [أو يريد شيئًا] [٩] فدُلّوه عَلَيَّ، فإذا قال ذلك ثم جاءَ صاحبُها فقال المُلْتَقِطُ قد هَلكتْ كان القولُ قوله ولا ضَمانَ عليه بالإجماعِ، وإنْ كان عندَه عَشْرُ لُقَطاتٍ؛ لأنّ اسمَ الشّيءِ واللُّقَط لهم كان مُنَكَّرا إنْ كان يَقَعُ على شيءٍ واحدٍ ولُقَطةٍ واحدةٍ لُغةً لَكِنْ في مثلِ هذا الموضِعِ يُرادُ بها كُلُّ الجنسِ في العُرْفِ والعادةِ لا فرْدٌ من الجنسِ إذِ المقصودُ من التّعْريفِ إيصالُ الحقِّ إلى المُسْتَحِقِّ ومُطْلَقُ الكَلامِ يَنْصَرِفُ إلى المُتَعارَفِ والمُعْتادِ فكان هذا إشْهادًا على الكُلِّ بدَلالةِ العُرْفِ والعادةِ [ولو أقَرَّ أنّه كان أخذها لِنفسِه لا يَبْرَأُ عن

---

(١) مذهب الشافعية: أنه إن أخذها ثم ردها إلى مكانها يضمن على كل حال سواء كان يريد أن يردها إلى صاحبها أو لا، انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص (٣٦٣).

(٢) في المخطوط: «إلى».

(٣) في المخطوط: «يلتزم».

(٤) في المخطوط: «رد».

(٥) زيادة من المخطوط.

(٦) زاد هنا فقرة سيأتي التنبيه عليها بعد قليل.

(٧) في المخطوط: «فمن نشدها».

(٨) في المخطوط: «سمعتموه».

(٩) زيادة من المخطوط.

الضَّمانِ إلاّ بالرَّدِّ على المالِكِ؛ لأنّه ظَهَرَ أنّه أخذها غَصْبًا فكان الواجبُ عليه الرَّدُّ إلى المالِكِ؛ لِقولِه عليه الصلاة والسلام: «على اليَدِ ما أخذتْ حتى تَرُدَّه» (١) فإذا عَجَزَ عن رَدِّ العَيْنِ يجبُ عليه [رد] (٢) بَدَلها كما في الغَصْبِ] (٣).

وكذلك إذا أخذ الضّالّةَ ثم أرسَلَها إلى مَكانِها الذي أخذها منه فحُكْمُها حُكْمُ اللُّقَطةِ؛ لأنّ هذا أحدُ نوعَي اللُّقَطةِ، وقد رَوَيْنا في هذا البابِ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه قال لِواجِدِ البَعيرِ الضّالِّ: «أرسِلْه حيث وجَدْتَه» وهذا يَدُلُّ على انتِفاءِ (٤) وُجوبِ الضَّمانِ.

فصل [في بيان ما يصنع باللقطة]

وَأمّا بيانُ ما يُصْنَعُ بها فنَقولُ - وباللّه التّوْفيقُ -: إذا أخذ اللُّقَطةَ فإنّه يُعَرِّفُها لِما رُوِيَ عن رَسُولِ الله ﷺ أنّه قال: «عَرِّفها حَوْلاً» (٥) حينَ سُئِلَ عن اللُّقَطةِ، ورُوِيَ أنّ رجلاً جاءَ إلى عبدِ الله بنِ عُمَرَ رضي الله تعالى عنهما فقال: إنّي وجَدْت لُقَطةً فما تَأْمُرُنِي فِيها فقال: عَرِّفْها سَنةً (٦).

وَرَوَيْنا عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه أمَرَ بتَعْريفِ البَعِيرِ الضّالِّ.

ثم[نَقولُ] (٧): الكَلامُ في التّعْريفِ في موضِعَيْنِ:

أحدُهما: في مُدّةِ التّعْريفِ.

والثّاني: في بيانِ مَكانِ التّعْريفِ.

---

(١) ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب: البيوع، باب: في تضمين العور، برقم (٣٥٦١)، والترمذي، برقم (١٢٦٦)، وأحمد، برقم (١٩٥٨٢)، والدارمي، برقم (٢٥٩٦)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٤١١)، برقم (٥٧٨٣) من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه، انظر إرواء الغليل، رقم (١٥١٦).
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ما بين المعكوفين تقدم في المخطوط في الموضع المشار إليه.
(٤) في المخطوط: «إيفاء».
(٥) أخرجه البخاري، كتاب: في اللقطة، باب: إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه، برقم (٢٤٢٦)، ومسلم، كتاب: اللقطة، برقم (١٧٢٣) من حديث أبي بن كعب رضي الله عنه.
(٦) أخرجه مالك بنحوه، برقم (١٤٨٤)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٨٨)، برقم (١١٨٤٣)، والشافعي في مسنده (١/ ٢٢٢) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.
(٧) ليست في المخطوط.

أما (مُدَّةُ التَّعْريفِ) [(١)]: فيختَلِفُ قدرُ المُدّةِ لاختِلافِ [(٢)] قدرِ اللُّقَطةِ [(٣)] إنْ كان شيئًا (له قيمةٌ تَبْلُغُ) [(٤)] عَشَرةَ دراهمَ فصاعِدًا يُعرِّفُه حَوْلاً، وإنْ كان شيئًا قيمَتُه أقَلُّ من عَشَرةِ [دراهم] [(٥)] يُعرِّفُه أيّامًا على قدرِ ما يَرَى.

ورَوَى الحسَنُ بنُ زيادٍ عن أبي حنيفةَ أنّه قال: التّعْريفُ على خَطَرِ [(٦)] المالِ إنْ كان مِائةً ونحوَها عرَّفَها سَنةً، وإنْ كان عَشَرةً ونحوَها عرَّفَها شَهْرًا، وإنْ كان ثلاثةً ونحوَها عَرَّفَها جُمُعةً أو قال عَشَرةً، وإنْ كان درهَمًا ونحوَه عَرَّفَه ثلاثةَ أيّامٍ، وإنْ كان دانَقًا ونحوَه عَرَّفَه يومًا، وإنْ كان تمرةً أو كِسْرةً تَصَدَّقَ بها وإنّما تَكْمُلُ مُدّةَ التّعْريفِ إذا كان مِمّا لا يَتسارَعُ إليه الفسادُ فإنْ خافَ الفسادَ لم تَكْمُلْ ويَتَصَدَّقُ بها.

وأمّا مَكانُ التّعْريفِ: فالأسْواقُ وأبوابُ المَساجِدِ؛ لأنّها مجمَعُ النّاس ومَمَرُّهم فكان التّعْريفُ فيها أسْرَعَ إلى تَشْهيرِ الخبَرِ، ثم إذا عَرَّفَها فإنْ جاءَ صاحبُها وأقامَ البيِّنَةَ أنّها مِلْكُه أخذها لِقولِه ﷺ: «مَنْ وجَدَ عَينَ مالِه فهوَ أحقُّ به» [(٧)] وإنْ لم يُقِم البيِّنَةَ، ولَكِنّه ذَكَرَ العَلامةَ بأنْ وصَفَ عِفاصَها ووِكاءَها ووَزْنَها وعَدَدَها يَحِلُّ للمُلْتَقِطِ أنْ يَدْفَعَ إليه وإنْ شاء أخذ منه كفيلاً؛ لأنّ الدَّفْعَ بالعَلامةِ مِمّا قد ورَدَ به الشّرعُ في الجُمْلةِ كما في اللَّقيطِ [(٨)] إلاّ أنّ هناك يُجْبَرُ على الدَّفْعِ وهنا لا يُجْبَرُ؛ لأنّ هناك يُجْبَرُ على الدَّفْعِ بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى [فمع العَلامةِ أولى، وهنا لا عِبْرةَ بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى] [(٩)] بالإجماعِ فجازَ أنْ لا يُجْبَرَ على الدَّفْعِ (مع العَلامةِ) [(١٠)] ولَكِنْ يَحِلُّ له الدَّفْعُ، وله أنْ يَأخُذَ كفيلاً لِجوازِ مَجيءِ [(١١)] آخَرَ [٤/ ٥٣ب] فيَدَّعيها ويُقيمُ البَيِّنَةَ، ثم إذا عَرَّفَها ولم يَحْضُرْ صاحبُها مُدّةَ التّعْريفِ فهو بالخيارِ إنْ شاء أمسَكَها إلى أنْ يَحْضُرَ [(١٢)] صاحبُها، وإنْ شاء تَصَدَّقَ بها على الفُقَراءِ ولو أرادَ أنْ يَنْتَفِعَ

---

(١) في المخطوط: «الأول».
(٢) في المخطوط: «باختلاف».
(٣) في المخطوط: «الملتقط».
(٤) في المخطوط: «قيمته».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «حظر».
(٧) أخرجه البخاري، كتاب: في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، برقم (٢٤٠٢)، ومسلم، كتاب: المساقاة، باب: من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس، برقم (١٥٥٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٨) في المخطوط: «الملتقط».
(٩) ليست في المخطوط.
(١٠) في المخطوط: «بالعلامة».
(١١) في المخطوط: «أن يجيء».
(١٢) في المخطوط: «يجيء».

بها فإنْ كان غَنيًا لا يجوزُ [له] [١] أنْ يَنْتَفِعَ بها عندَنا [٢].

وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - إذا عَرَّفَها حَوْلاً ولم يَحْضُرْ صاحبُها كان [٣] له أنْ يَنْتَفِعَ بها وإنْ كان غَنيًّا، وتكونُ قَرْضًا عليه [٤].

واحتَجَّ بما رُوِيَ أنّ رَسُولَ الله ﷺ قال لِمَنْ سَألَه عن اللُّقَطةِ: «عَرِّفْها حَوْلاً فإنْ جاءَ صاحبُها وإلّا فشَأنُك بها» وهذا إطْلاقُ الانتِفاعِ للمُلْتَقِطِ من غيرِ السُّؤالِ عن حالِه أنّه فقيرٌ أو غَنيٌّ، بل [٥] إنّ الحُكْمَ لا يختَلِفُ.

(ولَنا) ما رُوِيَ عن رَسُولِ الله ﷺ أنّه قال: «لا تَحِلُّ اللُّقَطَة فمَنِ التَقَطَ شيئًا فلْيُعَرِّفْه سَنةً فإنْ جاءَه صاحبُها فلْيَرُدَّها عليه وإنْ لم يَأتِ فلْيَتَصَدَّقْ [به] [٦]» [٧].

والاستِدْلالُ به من وجهَيْنِ:

احدُهما: أنّه نَفَى الحِلَّ مُطْلَقًا، وحالةُ الفقرِ غيرُ مُرادةٍ بالإجماعِ فتَعَيَّنَ حالةُ الغِنَى.

والثّاني: أنّه أمَرَ بالتّصَدُّقِ، ومَصْرِفُ الصّدَقةِ الفقيرُ دونَ الغَنيِّ ولأنّ الانتِفاعَ بمالِ المسلمِ بغيرِ إذنِه لا يجوزُ إلاّ لِضرورةٍ ولا ضرورةَ إذا كان غَنيًّا.

وامّا الحديثُ: فلا حُجّةَ له فيه؛ لأنّ قوله عليه الصلاة والسلام: «فشَأنُك بها» إرْشادٌ إلى الاشْتِغالِ بالحِفْظِ؛ لأنّ ذلك كان شَأنَه المَعْهودَ باللَّقَطِ [٨] إلى هذِه الغايةِ أو يَحْمِلُه على هذا تَوْفيقًا بين الحديثَيْنِ صيانةً لهما عن التّناقُضِ وإذا تَصَدَّقَ بها على الفُقَراءِ فإذا جاءَ صاحبُها كان له الخيارُ إنْ شاء أمضَى الصّدَقةَ وله ثَوابُها، وإنْ شاء ضَمَّنَ المُلْتَقِط أو الفقيرَ

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي ص (١٤٠)، شرح فتح القدير (٦/ ١٣١)، الاختيار (٣/ ٣٣)، البناية (٦/ ٧٨٧- ٧٨٨).
(٣) في المخطوط: «جاز».
(٤) ومذهب الشافعية أنه يجوز لواجد اللقطة بعد تعريفها حولاً أن يتملكها ويأكلها سواء كان الملتقط غنيًّا أو فقيرًا. انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٤٣٤، ٤٤٣)، الروضة (٥/ ٤١٢).
(٥) في المخطوط: «دل».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٨٢)، برقم (٣٥)، وذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٦٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٨) في المخطوط: «باللقطة».

إنْ وجَدَه؛ لأنّ التّصَدُّقَ كان موقوفًا على إجازَتِه وأيُّهما ضَمِن لم يرجعْ على صاحبه كما في غاصِبِ الغاصِبِ وإنْ كان فقيرًا فإنْ شاء تَصَدَّقَ بها على الفُقَراءِ وإنْ شاء أنْفَقَها على نفسِه، فإذا جاءَ صاحبُها خَيَّرَه بين الأجرِ وبين أنْ يَضْمَنَها له على ما ذَكَرْنا.

وكذلك إذا كان غَنيًّا جازَ له أنْ يَتَصَدَّقَ بها على أبيه وابنِه وزَوْجَتِه إذا كانوا فُقَراءَ، وكُلُّ جوابٍ عَرَفْتَه في لُقَطةِ الحِلِّ فهو الجوابُ في لُقَطةِ الحرَمِ يُصْنَعُ بها ما يُصْنَعُ بلُقَطِ الحِلِّ من التّعْريفِ وغيرِه وهذا عندَنا [١].

وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - لُقَطةُ الحرَمِ تُعَرَّفُ أبَدًا ولا يجوزُ الانتِفاعُ بها بحالٍ [٢].

واحتَجَّ بما رُوِيَ عن النّبِيِّ ﷺ أنّه قال فِي صِفةِ مَكّةَ: «وَلا تَحِلُّ لُقَطَتُها إلّا لِمُنْشِدٍ» [٣] أي لِمُعَرِّفٍ فالمُنْشِدُ المُعَرِّفُ والنّاشِدُ الطّالِبُ وهو المالِكُ، ومعنى الحديثِ: أنّه لا يَحِلُّ أخْذُ لُقَطةِ الحرَمِ إلاّ لِلتَّعْريفِ.

(ولَنا) ما ذَكَرْنا من الدَّلائلِ من غيرِ فصلٍ بين لُقَطةِ الحِلِّ والحرَمِ ولا حُجّةَ له في الحديثِ؛ لأنّا نَقولُ بموجِبه: إنّه لا يَحِلُّ التِقاطُها إلاّ لِلتَّعْريفِ وهذا حالُ كُلِّ لُقَطةٍ إلاّ أنّه خَصَّ عليه الصلاة والسلام لُقَطةَ الحرَمِ بذلك، لِما لا يوجَدُ صاحبُها عادةً فتَبَيَّنَ أنّ ذا لا يُسْقِطُ التّعْريفَ وكذلك حُكْمُ الضّالّةِ في جميعِ ما وصَفْنا، وتَنْفَرِدُ بحُكْمٍ آخَرَ وهو النّفَقةُ فإنْ أنْفَقَ عليها بأمرِ القاضي يكونُ دَيْنًا على مالِكِها، وإنْ أنْفَقَ بغيرِ إذنِه يكونُ مُتَطَوِّعًا، فيَنْبَغي أنْ يَرْفَعَ الأمرَ إلى القاضي حتى يَنْظُر في ذلك، فإنْ كانت بَهيمةً يُحْتَمَلُ الانتِفاعُ بها بطريقِ الإجارةِ [أمَرَه بأنْ يُؤاجرَها ويُنْفِقَ عليها من أُجْرَتِها نَظَرًا للمالِكِ.

وإنْ كانت مِمّا لا يُحْتَمَلُ الانتِفاعُ بها بطريقِ الإجارةِ] [٤] وخَشيَ أنْ لو أنْفَقَ عليها (أنْ تستَغْرِقَ النّفَقةُ) قيمَتَها أمَرَه ببيعِها وحِفْظِ ثَمَنِها وقام ثمنها مَقامَها في حُكْمِ الهَلاكِ وإنْ

---

(١) انظر في مذهب الأحناف: شرح فتح القدير (٦/ ١٢٨)، البناية (٦/ ٧٨٣)، الدر المختار (٤/ ٢٧٩).
(٢) وفي بيان مذهب الشافعية أنه إن كانت اللقطة بمكة وحَرَمها فالصحيح من مذهب الشافعي رحمه الله أنه ليس لواجدها أن يتملكها، وإنما تؤخذ للحفظ أبدًا، فإن أخذها الملتقط فعليه أن يقيم بمكة - بتعريفها أبدًا بخلاف سائر البلاد، انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٤٢٧)، الوسيط (٤/ ٢٩٨)، الروضة (٥/ ٤١٢)، مغني المحتاج (٢/ ٤١٧)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٤٥).
(٣) أخرجه البخاري، كتاب: المغازي، برقم (٤٣١٣)، ومسلم، كتاب: الحج، باب: تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها، برقم (١٣٥٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٤) ليست في المخطوط.

رَأى الأصلَحَ أنْ لا يَبيعَها بل يُنْفِقُ عليها أمَرَه بأنْ يُنْفِقَ عليها لَكِنْ نَفَقةً لا تَزيدُ على قيمَتِها ويكونُ ذلك دَيْنًا على صاحبِها حتى إذا حَضرَ يَأخُذُ منه النَّفَقةَ، وله أنْ يَحْبِسَ اللُّقَطةَ بالنَّفَقةِ كما يَحْبِسُ المَبيعَ بالثّمَنِ، وإنْ أبَى أنْ يُؤَدّي النّفَقةَ باعها القاضي ودَفَعَ إليه قدرَ ما أنْفَقَ واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

* * *

كتاب الإباق



كتاب الإباق

الكَلامُ في هذا الكِتابِ في مَواضِعَ:

في تفسيرِ الآبِقِ.

وفي بيانِ حالِه.

وفي بيانِ ما يُصْنَعُ به.

وفي بيانِ حُكْمِ مالِه.

-(أمّا) الأوَّلُ: فالآبِقُ اسمٌ لِرَقيقٍ يَهْرَبُ من مولاه.

[فصل]

وأمّا حالُه فحالُ اللُّقَطةِ قبلَ الأخْذِ وبعدَه وقد ذَكَرْنا تَفاصيلَه في كِتابِ اللُّقَطةِ.

فصل [فيما يصنع بالآبق]

وَأمّا بيانُ ما يُصْنَعُ به فنَقولُ وباللّه التّوْفيقُ [لاستيفاء الثمن] [(١)]-: إذا أُخِذَ الآبِقُ لِصاحبه فإنْ شاء الآخِذُ أمسَكَه على صاحبه حتى يجيءَ فيَأخُذَه، وإنْ شاء ذهبَ به إلى صاحبه فرَدَّه عليه فإنْ أمسَكَه فجاءَ إنسانٌ وادَّعى أنّه عبدُه فإنْ أقامَ البَيِّنةَ دَفَعَه إليه [٤/ ٥٤ب] وأخذ منه كفيلاً إنْ شاء لِجوازِ أنْ يجيءَ آخَرُ فيَدَّعيه ويُقيمَ البَيِّنةَ فلَه أنْ يَسْتَوْثِقَ بكَفيلٍ وإنْ [(٢)] لم يَكُنْ له بَيِّنةٌ ولَكِنْ أقَرَّ العبدُ بذلك دَفَعَه إليه أيضًا؛ لأنّه ادَّعى شيئًا لا يُنازِعُه فيه أحدٌ فيكونُ له ويَأخُذُ منه كفيلاً إنْ شاء لِما قُلْنا.

وما أنْفَقَ عليه فإنْ كان بإذنِ [(٣)] القاضي يرجعُ به على صاحبه وإلاّ فلا؛ لأنّه يكونُ مُتطَوِّعًا فإنْ طالَتِ المُدّةُ ولم يجِئْ له طالِبٌ باعه القاضي وأخذ ثَمَنَه يَحْفَظُه على صاحبه؛ لأنّ ذلك حِفْظٌ له مَعْنًى، فإنْ باعه وأخذ ثَمَنَه ثم جاءَ إنسانٌ وأقامَ البَيِّنةَ أنّه عبدُه دَفَعَ الثّمَنَ إليه وليس له أنْ يَنْقُضَ البيعَ؛ لأنّ البيعَ من القاضي صَدرَ عن وِلايةٍ شرعيّةٍ؛ لأنّه من بابِ

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) في المخطوط: «ولو».

(٣) في المخطوط: «بأمر».

(حِفظِ مالِه) (١) إذْ لو لم يَبِعْ لَأتَتِ النّفَقةُ على جميعِ قيمَتِه فيَضيعُ المالُ فكان بيعُه حِفْظًا له من حيث المعنى والقاضي يَمْلِكُ [حفظ] (٢) مالِ الغائبِ؛ ولِهذا يَبيعُ ما يَتَسارَعُ إليه الفسادُ.

ولو زَعَمَ المُدَّعي أنّه قد كان دَبَّرَه أو كاتَبَه لم يُصَدَّقْ في نَقْضِ البيعِ لِما قُلْنا (ويُنْفِقُ القاضي عليه في مُدّةِ حَبْسِه إيّاه) (٣) من بَيْتِ المالِ ثم إذا جاءَ صاحبُه أخذه من صاحبه أو من ثَمَنِه إنْ باعه؛ لأنّ الإنفاقَ عليه إحياءُ مالِه فيكونُ عليه وإذا جاءَ بالآبِقِ له أنْ يُمْسِكَه بالجُعْلِ؛ لأنّه إذا جاءَ به فقد استَحَقَّ الجُعْلَ على مالِكِه فكان له حَقُّ حَبْسِه بالجُعْلِ كما يُحْبَسُ المَبيعُ لاستيفاءِ الثّمَنِ.

ولو هَلَك في حالِ الحبْسِ لا ضَمانَ عليه لَكِنْ يَسْقُطُ الجُعْلُ كما لا ضَمانَ على البائعِ بهَلاكِ المَبيعِ المَحْبوسِ بالثّمَنِ، لَكِنْ يَسْقُطُ الثّمَنُ عن المُشتري ولا يُقْبَلُ كِتابُ القاضي إلى القاضي في الرَّقيقِ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وعند أبي يوسفَ يُقْبَلُ في العبدِ ولا يُقْبَلُ في الجاريةِ وهذِه المسألةُ في «كِتابِ آداب القاضي» في بيانِ شَرائطِ قَبولِ كِتابِ القاضي إلى القاضي والله أعلم.

فصل [في حكم ماله]

وَأمّا بيانُ حُكْمِ مالِه فهو استحقاقُ الجُعْلِ عندَنا استحسانًا.

والكَلامُ في الجُعْلِ في مَواضِعَ:

في بيانِ أصلِ الاستحقاقِ.

وفي بيانِ سببه.

وفي بيانِ شرطِه.

وفي بيانِ ما (٤) يُسْتَحَقُّ عليه.

وفي بيانِ قدرِ المُسْتَحَقِّ.

---

(١) في المخطوط: «الحفظ». (٢) زيادة من المخطوط.

(٣) في المخطوط: «ولو كان الآبق في حبس القاضي أنفق عليه».

(٤) في المخطوط: «من».

(أمّا) أصلُ الاستحقاقِ فثابِتٌ عندَنا استحسانًا [١]، والقياسُ أنْ لا يَثْبُتَ أصلاً كما لا يَثْبُتُ بردِّ الضّالّةِ.

وقال الشافعيُّ - رحمه الله -: يَثْبُتُ بالشّرطِ ولا يَثْبُتُ بدونِه حتى لو شَرَطَ الآخِذُ الجُعْلَ على المالِكِ وجَبَ وإلاّ فلا [٢].

(وجه) قولِ الشّافعيِّ - رحمه الله - أنّه رَدُّ مالِ الغيرِ عليه مُحْتَسِبًا فلا يَسْتَحِقُّ الأجرَ كما لو رَدَّ الضّالّةَ إلاّ إذا شَرَطَ فيجبُ عليه بحُكْمِ الشّرطِ لِقولِه ﷺ: **«المسلمُونَ عندَ شُرُوطِهم»** [٣].

(ولَنا) ما رَواه محمّدُ بنُ الحسَنِ - رحمه الله - [في الكتاب] [٤] عن أبي عَمْرٍو الشّيبانيّ أنّه قال: كُنْت قاعِدًا عند عبدِ الله بنِ مسعودٍ فجاءَ رجلٌ فقال: قَدِمَ فُلانٌ بإباقٍ من القَوْمِ، فقال القَوْمُ: لَقد أصابَ أجرًا، فقال عبدُ الله رضي الله عنه: وجُعْلاً إنْ شاء من كُلِّ رَأسٍ أربعين درهَمًا [٥]. ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ فيكونُ إجماعًا؛ ولأنّ جُعْلَ الآبِقِ (طريقُ صيانةٍ) [٦] عن الضّياعِ؛ لأنّه لا يُتَوَصَّلُ إليه بالطَّلَبِ عادةً إذْ ليس له مَقامٌ مَعْلومٌ يُطْلَبُ هناك، فلو لم يَأخُذه لَضاعَ ولا يُؤخَذُ لِصاحبه ويَتَحَمَّلُ مُؤنةَ الأخْذِ والرَّدِّ عليه مَجّانًا بلا عِوَضٍ عادةً، وإذا عَلِمَ أنّ له عليه جُعْلاً يَحْمِلُ مَشَقّةَ الأخْذِ والرَّدِّ طَمَعًا في الجُعْلِ فتَحْصُلُ الصّيانةُ عن الضّياعِ فكان استحقاقُ الجُعْلِ طريقَ صيانةِ الآبِقِ عن الضَّياعِ وصيانةُ المالِ عن الضَّياعِ واجبٌ فكان المالِكُ شارِطًا للأجرِ عند الأخْذِ والرَّدِّ دَلالةً بخلافِ الضّالّةِ؛ لأنّ الدّابّةَ إذا ضَلَّتْ فإنّها تَرْعَى في المَراعي المَألوفةِ فيُمْكِنُ الوُصولُ إليها بالطَّلَبِ عادةً فلا تَضيعُ دونَ الأخْذِ فلا حاجةَ إلى الصّيانةِ بالجُعَلِ، فإنْ أخذه أحدٌ [٧] كان في الأخْذِ والرَّدِّ مُحْتَسِبًا فلا يَسْتَحِقُّ الأجرَ فهو الفرْقُ.

---

(١) **انظر في مذهب الأحناف**: مختصر الطحاوى ص (١٤١)، شرح فتح القدير (٦/ ١٣٤)، الاختيار (٣/ ٣٥)، البناية (٦/ ٧٩٣)، الدر المختار (٤/ ٢٨٩، ٢٩٠).

(٢) ومذهب الشافعية أنه لا يستحق الجعل إلا بشرط (في رد الآبق)، انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص (٣٦٧).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/ ٢٠٠)، برقم (١١٩٠٥)، وابن عدي في الكامل (٣/ ٣٨٥)، وذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٧٠).

(٦) في المخطوط: «شرط صيانته».

(٧) في المخطوط: «آخذ».

[فصل] (١)

وأمّا سببُ استحقاقِ الجُعْلِ: فهو الأخْذُ لِصاحبه ؛ لأنّه طريقُ الصّيانةِ على المالِكِ وهو معنى التّسبُّبِ .

فصل [في شروط الاستحقاق]

وَأمّا شَرائطُ الاستحقاقِ فأنْواعٌ:

-(منها): الرَّدُّ على المالِكِ ؛ لأنّ الصّيانةَ تَحْصُلُ عندَه وهو معنى الشّرطِ أنْ توجَدَ العِلّةُ عند وُجودِه ، حتى لو أخذه فمات أو أبِقَ من يَدِه [قبلَ الرَّدِّ لا يَسْتَحِقُّ الجُعْلَ ولو أخذه فأبِقَ من يَدِه فأخذه غيرُه فرَدَّه على المالِكِ] (٢) فالجُعْلُ لِلثّاني ولا شيءَ للأوّلِ ؛ لأنّه لَمّا أبِقَ من يَدِه فقد انفَسَخَ ذلك السَّبَبُ أو بَقِيَ ذلك سببًا مَحْضًا لانعِدامِ شرطِه - وهو الرَّدُّ على المالِكِ - وقد وُجِدَ السَّبَبُ والشّرطُ من الثّاني فكان الأوّلُ صاحبَ سببٍ مَحْضٍ والسَّبَبُ المَحْضُ لا حُكْمَ له ، والثّاني [٤/ ٥٤ب] صاحبَ عِلّةٍ فيكونُ الجُعْلُ له .

ولو كان الرّادُّ واحدًا والآبِقُ اثنيْنِ فلَه جُعْلانِ (٣) لِوُجودِ سببِ الاستحقاقِ وشرطِه في كُلِّ واحدٍ منهما ولو كان الرّادُّ اثنيْنِ والآبِقُ واحدًا فلَهما جُعْلٌ واحدٌ بينهما نصفانِ لاشْتِراكِهما في مُباشَرةِ السَّبَبِ والشّرطِ ولو كان الرّادُّ واحدًا والآبِقُ واحدًا والمالِكُ اثنيْنِ فعليهما جُعْلٌ واحدٌ على قدرِ مِلْكيهما .

ولو جاءَ بالآبِقِ فوَجَدَ المالِكَ قد مات فلَه الجُعْلُ في تَرِكَتِه لِوُجودِ الرَّدِّ على المالِكِ من حيث المعنى بالرَّدِّ على التّرِكةِ ، ثم إنْ كان عليه دَيْنٌ مُحيطٌ بمالِه فهو أحَقُّ بالعبدِ حتى يُعْطَى الجُعْلَ لِما ذَكَرْنا (٤) وإنْ لم يَكُنْ له مالٌ سِوَى العبدِ يُقَدَّمُ الجُعْلُ على سائرِ الدُّيونِ فيُباعُ العبدُ ويُبْدَأُ بالجُعْلِ من ثَمَنِه ثم يُقَسَّمُ الباقي بين الغُرَماءِ ؛ لأنّه كان أحَقَّ بحَبْسِه من بَيْنِ سائرِ الغُرَماءِ لاستيفاءِ الجُعْلِ ، فكان أحَقَّ بثَمَنِه بقدرِ الجُعْلِ كالمُرْتَهِنِ والله اعلم .

هذا إذا جاءَ به أجنَبيٌّ فوَجَدَ المالِكَ قد مات فأمّا إذا جاءَ به وارِثُ المَيِّتِ فوَجَدَ مورِّثَه

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط : «جعل على كل واحد منهما».

(٤) في المخطوط : «قلنا».

قد مات فلَه الجُعْلُ عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ - رحمهما الله - إذا كان المالِكُ حَيًّا وقتَ الأخْذِ وعند أبي يوسفَ لا جُعْلَ له وإنْ كان حَيًّا وقتَ الأخْذِ إذا مات قبلَ الوُصولِ إليه.

(وجه) قولِه [1] أنّه فاتَ شرطُ الاستحقاقِ وهو الرَّدُّ على المالِكِ؛ لأنه رَدٌّ على نفسِه، وجه قولِهما إنّ المَجيءَ به من مَسيرةِ ثلاثةِ أيّامٍ مَثَلاً في حالِ حياةِ المالِكِ على قَصْدِ الرَّدِّ رُدَّ على المالِكِ فيَسْتَحِقُّ الجُعْلَ كما إذا [2] وجَدَه حَيًّا، ولِهذا لو كان الرّادُّ أجنَبيًّا استَحَقَّ الجُعْلَ لِما قُلْنا كذا هذا.

ولو جاءَ به فأعتَقَه مولاه قبلَ أنْ يَرُدَّه عليه أو باعه منه فلَه الجُعْلُ لِما ذَكَرْنا أنّ المَجيءَ به على قَصْدِ الرَّدِّ على المالِكِ رَدٌّ عليه والله أعلم.

ويجبُ الجُعْلُ برَدِّ الآبِقِ المَرْهونِ لِوُجودِ سببِ الوُجوبِ وشرطِه وهو الرَّدُّ على المالِكِ، إلاّ أنّه يجبُ على المُرْتَهِنِ؛ لأنّ مَنْفَعةَ الصّيانةِ رجعتْ إليه.

ألا تَرَى أنّه لو ضاعَ يَسْقُطُ [3] دَيْنُه بقدرِ قيمَتِه فإذا كانت المَنْفَعةُ له كانت المَضرّةُ عليه لِقولِه ﷺ: «الخراجُ بالضّمانِ» [4] وسَواءٌ كان الرّادُّ بالِغًا أو صَبيًّا حُرًّا أو عبدًا؛ لأنّ الصّبيَّ من أهلِ استحقاقِ الأجرِ بالعملِ وكذا العبدُ إلاّ أنّ الجُعْلَ لِمولاه؛ لأنّه ليس من أهلِ مِلْكِ المالِ - واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ -.

-(ومنها): أنْ لا يكونَ الرّادُّ على المالِكِ في عيالِ المالِكِ حتى لو كان في عيالِه لا جُعْلَ له سَواءٌ كان وارِثًا أو أجنَبيًّا؛ لأنّه إذا كان في عيالِه كان الرَّدُّ منه بمنزِلةِ رَدِّ المالِكِ؛ ولأنّه إذا كان في عيالِه كان في الرَّدِّ [عليه] [5] عامِلاً لِنفسِه؛ لأنّ مَنْفَعةَ الرَّدِّ تَعودُ إليه ومَنْ عَمِلَ لِنفسِه لا يَسْتَحِقُّ الأجرَ على غيرِه.

والأصلُ أنّ الرّادَّ إذا كان في عيالِ المالِكِ لا جُعْلَ له كائنًا ما [6] كان وإنْ لم يَكُنْ في عيالِه فلَه الجُعْلُ كائنًا ما كان إلاّ الابنَ يَرُدُّ آبِقَ أبيه والزَّوْجَ يَرُدُّ آبِقَ (زَوْجَتِه أنّه) [7] لا جُعْلَ لهما وإنْ لم يكونا في عيالِهما؛ لأنّ الابنَ وإنْ لم يَكُنْ في عيالِ أبيه فالرَّدُّ منه يجري

---

(١) في المخطوط: «قول أبي يوسف».
(٢) في المخطوط: «لو».
(٣) في المخطوط: «السقط».
(٤) سبق تخريجه.
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «من».
(٧) في المخطوط: «امرأته لأنه».

مجرَى الخِدْمةِ لأبيه، والابنُ لا يَسْتَحِقُّ الأجرَ (بخِدْمةِ أبيه) (١)؛ لأنّها مُسْتَحَقّةٌ عليه، ولِهذا لو استأجَرَ ابنَه لَخِدْمَتِه (٢) لا يَسْتَحِقُّ الأجرَ بخلافِ الأبِ مع ما أنّ الأولادَ في العاداتِ يَحْفَظونَ أموالَ الآباءِ لِطَمَعِ الانتِفاعِ بها بطريقِ الإرْثَ فكان رادًّا عبدَ نفسِه مَعْنًى إذْ كان بالرَّدِّ عامِلاً لِنفسِه فلا يَسْتَحِقُّ الأجرَ، وكذلك الزَّوْجُ إذا رَدَّ عبدَ زَوْجَتِه فقد رَدَّ عبدَ نفسِه مَعْنًى؛ لأنّه يَنْتَفِعُ بمالِها عادةً، وكذلك لا تُقْبَلُ شهادةُ كُلِّ واحدٍ منهما للآخَرِ (٣)، فلا يَسْتَحِقُّ الجُعْلَ.

(وأمّا) الأبُ إذا رَدَّ عبدَ ابنِه فإنْ كان في عيالِه لا جُعْلَ له؛ لأنّ الأجنَبيَّ الذي في عيالِه لا جُعْلَ له فالقَرابةُ أولى، وإنْ لم يَكُنْ في عيالِه فلَه الجُعْلُ؛ لأنّ الأبَ لا يُسْتَخْدَمُ طَبْعًا وشرعًا وعَقْلاً ولِهذا لو خَدَمَ بالأجرِ (٤) وجَبَ الأجرُ فلا يُمْكِنُ حَمْلُه على الخِدْمةِ فيُحْمَلُ على طَلَبِ الأجرِ.

وكذا الآباءُ لا يَحْفَظونَ أموالَ الأولادِ لِلانتِفاعِ بها بطريقِ الإرْثِ؛ لأنّ موتَهم يَتَقَدَّمُ موتَ الأولادِ عادةً فلم يَتَحَقَّقْ معنى الرَّدِّ، والعملُ لِنفسِه لِذلك افْتَرَقَ الأمرانِ.

وَعلى هذا سائرُ ذَوي الأرحام من الأخِ والعَمِّ والخال وغيرِهم أنّ الرّادَّ إنْ كان في عيالِ المالِكِ لا جُعْلَ له لِما قُلْنا، وإنْ لم يَكُنْ في عيالِه فلَه الجُعْلُ، وعلى هذا الوصيُّ إذا رَدَّ عبدَ اليَتيمِ لا جُعْلَ له؛ لأنّ اليَتيمَ في عيالِه، وحِفْظُ مالِه مُسْتَحَقٌّ عليه فلا يَسْتَحِقُّ الجُعْلَ على الرَّدِّ، وكذا عبدُ الوصيِّ إذا رَدَّ عبدَ اليَتيمِ؛ [لأنّ رَدَّ عبدِه كرَدِّه] (٥) والله اعلم.

-(ومنها): أنْ يكونَ المَرْدودُ مَرْقوقًا مُطْلَقًا كالقِنِّ والمُدبَّرِ وأُمِّ الولَدِ حتى لو كان مُكاتَبًا لا جُعْلَ له؛ لأنّه ليس بمَرْقوقٍ على الإطْلاقِ بل هو فيما يرجِعُ إلى مَكاسبه حُرٌّ، ولِهذا لم يَتَناوَلْه مُطْلَقُ اسم المملوكِ في قولِ الرّجلِ «كُلُ مملوكٍ لي حُرٌ» إلاّ بالنّيّةِ بخلافِ المُدبَّرِ وأُمِّ الولَدِ؛ ولأنّ استحقاقَ الجُعْلِ مَعْلولٌ بالصّيانةِ عن الضَّياعِ ولا حاجةَ إلى الصّيانةِ في المُكاتَبِ؛ لأنّه لا يَهْرَبُ عادةً؛ لأنّ العقدَ في جانِبه غيرُ لازِمٍ، فلو لم يَقْدر على بَدَلِ الكِتابةِ يُعَجِّزُ (٦) نفسَه بالإباءِ عن الكَسْبِ بخلافِ المُدبَّرِ وأُمِّ الولَدِ؛ لأنّهما يُسْتَخْدَمانِ

---

(١) في المخطوط: «بالخدمة لأبيه».
(٢) في المخطوط: «ليخدمه».
(٣) في المخطوط: «لصاحبه».
(٤) في المخطوط: «بالإجارة».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «العجز».

عادةً فلَعَلَّهما يُكَلِّفانِ ما لا يُطيقانِ فيَحْمِلُهما ذلك على الهَرَبِ فتَقَعُ الحاجةُ إلى الصّيانةِ بالجُعْلِ كما في القِنِّ إلاّ أنّ الفرْقَ بينهما وبين القِنِّ أنّه إذا جاءَ بالقِنِّ وقد مات المولى قبلَ (أنْ يَصِلَ) [١] إليه فلَه الجُعْلُ، وإنْ جاءَ بالمُدَبَّرِ وأُمِّ الولَدِ وقد مات المولى [٢] قبلَ الوُصولِ إليه لا جُعْلَ له.

(ووجه) الفرْقِ ظاهرٌ؛ لأنّهما يُعْتَقانِ بموتِ السَّيِّدِ فلم يوجَدْ رَدُّ المَرْقوقِ أصلاً فلا يَسْتَحِقُّ الجُعْلَ بخلافِ القِنِّ - واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ -.

فصل [في بيان من يستحق عليه]

وَأَمّا بيانُ مَنْ يُسْتَحَقُّ عليه: فالمُسْتَحَقُّ عليه هو المالِكُ إذا أبِقَ من يَدِه؛ لأنّ الجُعْلَ مُؤنةُ الرَّدِّ ومَنْفَعةُ الرَّدِّ عائدةٌ إلى المالِكِ فكانت المُؤنةُ عليه ليكونَ الخراجُ بالضَّمانِ ولو أبَقَ عبدُ الرَّهْنِ من يَدِ المُرْتَهِنِ فالجُعْلُ عليه؛ لأنّ مَنْفَعةَ الرَّدِّ تَعودُ إليه باعتِبارِ الحبْسِ الذي هو وسيلةٌ إلى استيفاءِ الدَّيْنِ، فإنْ كان في قيمةِ العبدِ [٣] فضْلٌ على الدَّيْنِ يجبُ بقدرِ الدَّيْنِ على المُرْتَهِنِ والزّيادةُ على الرّاهنِ - واللَّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ -

فصل [في بيان قدر المستحق]

وَأَمّا بيانُ قدرِ المُسْتَحَقِّ فيُنْظَرُ إنْ رَدَّه من مَسيرةِ ثلاثةِ أيّام فصاعِدًا فلَه أربَعونَ درهَمًا لِما رَوَيْنا من حَديثِ عبدِ الله بنِ مسعودٍ رضي الله عنه وإنْ رَدَّه [مما] [٤] دونَ ذلك فبِحِسابه [٥] وإنْ رَدَّه من أقصَى المِصْرِ رَضَخَ [٦] له على قدرِ عَنائه وتَعَبه؛ لأنّ الواجبَ بمُقابَلةِ العملِ فيَتَقَدَّرُ بقدرِه إلاّ أنّ الزّيادةَ على مُدّةِ السَّفَرِ سَقَطَ اعتِبارُها بالشّرعِ فيَبْقَى [٧] الواجبُ في المُدّةِ بمُقابَلةِ العملِ فيَزْدادُ بزيادَتِه ويَنْقُصُ بنُقْصانِه.

هذا إذا كانت قيمةُ العبدِ أكثرَ من الجُعْلِ، فإنْ كانت مثلَ الجُعْلِ أو أنْقَصَ منه يَنْقُصُ من قيمَتِه درهَمٌ عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ وقال أبو يوسفَ: له الجُعْلُ تامًّا، وإنْ كانت قيمةُ العبدِ درهَمًا واحدًا.

---

(١) في المخطوط: «الوصول».
(٢) في المخطوط: «مولاهما».
(٣) زاد في المخطوط: «الرهن».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «فبحساب ذلك».
(٦) الرضخ: العطية القليلة، انظر: النهاية (٢/ ٢٢٨).
(٧) في المخطوط: «فبقى».

واحتَجَّ بما رَوَيْنا عن [١] عبدِ الله بنِ مسعودٍ رضي الله عنه أنّه قال: من كُلِّ رَأْسٍ أربَعينَ درهَمًا اعتبَرَ الرَّأسَ دونَ القيمةِ.

(وجه) قولِهما أنّ الواجبَ مَعْلولٌ بمعنى صيانة المال [٢] عن الضَّياعِ لِما [٣] ذَكَرْنا، ولا فائدةَ في هذِه الصّيانةِ لو اعتبَرْنا الرَّأسَ دونَ القيمةِ؛ لأنّه إنْ كان يُصانُ من وجهٍ يَضيعُ من وجهٍ آخَرَ فلا فرْقَ بين الضَّياعِ بتَرْكِ الأخْذِ والإمساكِ وبين الضَّياعِ بالجُعْلِ فلا بُدَّ [٤] أنْ يَنْقُصَ من قيمَتِه درهَمٌ ليكونَ الصَّوْنُ بالأخْذِ مُفيدًا.

والحديثُ مَحْمولٌ على ما إذا كانت قيمةُ كُلِّ رَأسٍ أكثرَ من أربَعينَ درهَمًا تَوْفيقًا بين الدَّلائلِ [٥] بقدرِ الإمكانِ واللّٰه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ بالصواب.

* * *

---

(١) في المخطوط: «من حديث».

(٢) في المطبوع: «الصّيانةِ».

(٣) في المخطوط: «على ما».

(٤) زاد في المخطوط: «من».

(٥) في المخطوط: «الدليلين».

كتاب السباق



كِتَابُ السِّبَاقِ

الكَلامُ في هذا الكِتابِ في موضِعَيْنِ:

في تفسيرِ السِّباقِ.

وفي بيانِ شَرائطِ جوازِه [١].

-(اما) الأول: فالسِّباقُ فِعالٌ من السَّبْقِ وهو أنْ يُسابِقَ الرّجلُ صاحبَه في الخيْلِ أو الإبِلِ ونحوِ ذلك فيقولُ: إنْ سَبَقْتُك فكذا وإنْ سَبقْتَني فكذا، ويُسَمَّى أيضًا رِهانًا فعالاً من الرَّهْنِ.

فصل في [شروط جواز السباق]

وأما شَرائطُ جوازِه فأنواعٌ:

-(منها): أنْ يكونَ في الأنْواعِ الأربَعةِ الحافِرِ والخُفِّ والنّصْلِ والقَدَمِ لا يجوز في غيرِها لِما رُوِيَ ﷺ أنّه قال: «لا سَبَقَ إلّا في خُفٍّ أو حافِرٍ أو نِصالٍ» [٢] إلاّ أنّه زِيدَ عليه السَّبْقُ في القَدَمِ بحَديثِ عائشةَ رضي الله عنها (ففيما وراءَه بَقيَ) [٣] على أصلِ النّفْيِ؛ ولأنّه لَعِبٌ واللَّعِبُ حَرامٌ في الأصلِ إلاّ أنّ اللَّعِبَ بهذِه الأشياءِ صارَ مُسْتَثْنًى من التّحْريمِ شرعًا لِقولِه ﷺ: «كُلُّ لَعِبٍ حَرامٌ إلّا مُلاعَبةَ الرّجلِ امرأتَه وقَوْسَه وفَرَسَه» [٤] حَرَّمَ عليه الصلاة والسلام كُلَّ لَعِبٍ واستَثْنَى المُلاعَبةَ بهذِه الأشياءِ المَخْصوصةِ فبَقِيَتِ المُلاعَبةُ بما وراءَها على أصلِ التّحْريمِ إذ الاستِثْناءُ تَكَلُّمٌ بالباقي بعدَ الثُّنْيا، وكذا المُسابَقةُ بالخُفِّ [٥] صارَتْ

---

(١) في المخطوط: «جواز السباق».

(٢) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: الجهاد، باب: في السبق، برقم (٢٥٧٤)، والترمذي، برقم (١٧٠٠)، والنسائي، برقم (٣٥٨٥)، وابن ماجه، برقم (٢٨٧٨)، وأحمد، برقم (٩٧٨٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، انظر إرواء الغليل، رقم (١٥٠٦).

(٣) في المخطوط: «فبقى السبق فيما وراءها».

(٤) ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب: الجهاد، باب: في الرمي، برقم (٢٥١٣)، والترمذي، برقم (١٦٣٧)، والنسائي، برقم (٣٥٧٨)، وابن ماجه، برقم (٢٨١١)، وأحمد، برقم (١٦٨٤٩) من حديث عقبة بن عامر الجهني رضي الله عنه، انظر ضعيف سنن أبي داود.

(٥) في المخطوط: «في الخف».

مُسْتَثْناةً بمل روينا من الحديثِ وبِما رُوِيَ عن سَعِيدِ بنِ المُسَيِّبِ أنّه قال: (إنّ العَضْباءَ) (١) ناقةُ رَسُولِ الله ﷺ كانت تسبِقُ كُلَّما دُفِعَتْ [٤/ ٥٥ب] فِي سِباقٍ فدُفِعَتْ يومًا فِي إبِلٍ فسُبِقَتْ فكانت على المسلمِينَ كآبةٌ إذْ سُبِقَتْ فقال رَسُولُ الله ﷺ: «إنّ النّاسَ إذا رَفَعُوا شيئًا أو أرادُوا رَفْعَ شيءٍ وضَعَه اللّه» (٢).

وكذا السَّبْقُ بالقَدَمِ لِما (رَوَتْ سَيِّدَتُنا) (٣) عائشةُ رضي الله عنها أنّها قالتْ: سابَقْتُ النّبِيَّ ﷺ فسَبَقْتُه فلَمّا حَمَلْتُ اللَّحْمَ سابَقْتُه فسبَقَنِي فقُلْتُ: هذه (٤) بتلك (٥).

فصارَتْ هذِه الأنواعُ مُسْتَثْناةً من التّحْريمِ فبَقِيَ ما وراءَها على أصلِ الحُرْمةِ؛ ولأنّ الاستِثْناءَ (٦) يحتملُ أنْ يكونَ لِمَعْنًى لا يوجَدُ في غيرِها - وهو الرّياضةُ والاستِعْدادُ لأسْبابِ الجِهادِ في الجُمْلةِ - فكانت لَعِبًا صورةً ورياضةً وتَعَلُّمَ أسْبابِ الجِهادِ [معنىً] (٧)، فيكونُ جائزًا إذا استَجْمع (٨) شَرائطَ الجوازِ، ولَئِنْ كان لَعِبًا لَكِنّ اللَّعِبَ إذا تَعلَّقَتْ به عاقِبةٌ حَميدةٌ لا يكونُ حَرامًا، ولِهذا استَثْنَى مُلاعَبةَ الأهلِ لِتَعلُّقِ عاقِبةٍ حَميدةٍ بها وهو (٩) انبِعاثُ الشَّهْوةِ الدّاعيةِ إلى الوطْءِ الذي هو سببُ التّوالُدِ والتّناسُلِ والسُّكْنَى (١٠) وغيرِ ذلك من العَواقِبِ الحميدةِ، وهذا المعنى لا يوجَدُ في غيرِ هذِه الأشياءِ فلم يَكُنْ في معنى المُسْتَثْنَى فبَقِيَ تَحتَ المُسْتَثْنَى [منه] (١١).

-(ومنها): أنْ يكونَ الخطَرُ فيه من أحدِ الجانِبَيْنِ إلاّ إذا وجَدَ (١٢) فيه مُحَلِّلاً حتى لو كان الخطَرُ من الجانِبَيْنِ جميعًا، ولم يُدْخلا فيه مُحَلِّلاً، لا يجوزُ؛ لأنّه في معنى القِمارِ نحوَ أنْ يقولَ أحدُهما لِصاحبه: إنْ سَبَقْتَني فلك عَلَيَّ كذا، وإنْ سَبَقْتُك فلي عليك كذا فقبِلَ الآخَرُ.

---

(١) في المخطوط: «القصواء».
(٢) أخرجه البخاري بنحوه، كتاب: الجهاد والسير، باب: ناقة النبي ﷺ، برقم (٢٨٧٢) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.
(٣) في المخطوط: «روي عن».
(٤) في المطبوع: «هذا».
(٥) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: الجهاد، باب: في السبق على الرجل، برقم (٢٥٧٨)، وأحمد، برقم (٢٥٧٤٥)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٣٠٤)، برقم (٨٩٤٣) من حديث عائشة رضي الله عنها، انظر مشكاة المصابيح، رقم (٣٢٥١).
(٦) في المخطوط: «استثناء هذه الأنواع».
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) في المخطوط: «جمع».
(٩) في المخطوط: «وهي».
(١٠) في المخطوط: «والسكن».
(١١) زيادة من المخطوط.
(١٢) في المخطوط: «أدخلا».

ولو قال أحدُهما لِصاحبه: إنْ سَبَقْتَني فلك عَلَيَّ كذا وإنْ سَبَقْتُك [١] فلا شيءَ عليك فهو جائزٌ؛ لأنّ الخطَرَ إذا كان من أحدِ الجانِبَيْنِ لا يحتملُ القِمارَ فيُحْمَلُ على التّحْريضِ على استِعْدادِ أسْبابِ الجِهادِ في الجُمْلَةِ بمالِ نفسِه، وذلك أمر مشروعٌ كالتّنْفيلِ من الإمامِ وبل أولى؛ لأنّ هذا يَتَصَرَّفُ في (مالِ نفسِه) [٢] بالبَذْلِ، والإمامُ بالتّنْفيلِ يَتَصَرَّفُ فيما لِغيرِه فيه حَقٌّ في الجُمْلَةِ وهو الغَنيمةُ فلَمّا جازَ ذلك فهذا بالجوازِ أولى.

وكذلك إذا كان الخطَرُ من الجانِبَيْنِ ولَكِنْ أدْخَلا فيه مُحَلِّلاً بأنْ كانوا ثلاثةً لَكِنِ الخطَرُ من الاثنيْنِ منهم ولا خَطَرَ من الثّالِثِ، بل إنْ سَبَقَ أخذ الخطَرَ وإنْ لم يَسْبِقْ لا يَغْرَمُ شيئًا، فهذا مِمّا لا بَأسَ به أيضًا وكذلك ما يَفْعَله السَّلاطينُ وهو أنْ يقولَ السُّلْطانُ لِرجلينِ: مَنْ سَبَقَ [٣] منكُما فلَه كذا [فهو جائزٌ] [٤] لِما بَيَّنّا أنّ ذلك من بابِ التّحْريضِ على استِعْدادِ أسْبابِ الجِهادِ خُصوصًا من السُّلْطانِ فكانت مُلْحَقةً [٥] بأسْبابِ الجِهادِ.

ثم الإمامُ إذا حَرَّضَ واحدًا من الغُزاةِ على الجِهادِ بأنْ قال: مَنْ دَخَلَ هذا الحِصْنَ أوّلاً فلَه من النَّفْلِ كذا ونحوَه [٦] جازَ كذا هذا، وبل أولى لِما بَيَّنّا.

-(**ومنها**): أنْ تكونَ المُسابَقةُ فيما يحتملُ أنْ يَسْبِقَ ويُسْبَقَ من الأشياءِ الأربَعةِ حتى لو كانت فيما يُعْلَمُ أنّه يَسْبِقُ غالِبًا لا يجوزُ؛ لأنّ معنى التّحْريضِ في هذِه الصّورةِ لا يَتَحَقَّقُ فبَقيَ الرِّهانُ التِزامُ [٧] المالِ بشرطٍ لا مَنْفَعةَ فيه فيكونُ عَبَثًا ولَعِبًا - واللَّه تعالى أعلمُ -.

* * *

---

(١) في المخطوط: «سبقت».
(٢) في المخطوط: «ماله».
(٣) في المخطوط: «يسبق».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «ملحقًا».
(٦) في المخطوط: «ونحو ذلك».
(٧) في المخطوط: «إلزام».



كتاب الوديعة



كتاب الوديعة

الكَلامُ في هذا الكِتابِ يَقَعُ في مَواضِعَ:

في بيانِ رُكْنِ العقدِ.

وفي بيانِ شَرائطِ الرُّكْنِ.

وفي بيانِ حُكْمِ العقدِ.

وفي بيانِ حالِ المَعْقودِ عليه.

وفي بيانِ ما يوجِبُ تَغَيُّرَ حالِه.

-**(امّا) رُكْنُه:** فهو الإيجابُ والقَبولُ، وهو: أنْ يقولَ لِغيرِه: أودَعْتُكَ هذا الشّيءَ، أو احفَظْ هذا الشّيءَ لي، أو خُذْ هذا الشّيءَ وديعةً عندَكَ، وما يجْري مجراه، ويَقْبَلُه الآخَرُ، فإذا وُجِدَ ذلك؛ فقد تَمَّ عقدُ الوديعةِ.

فصل [في شروط ركن الوديعة]

وَأمّا شَرائطُ الرُّكْنِ فأنْواعٌ:

-**(منها)**: عَقْلُ المودَعِ، فلا يَصِحُّ الإيداعُ من المجنونِ، والصّبيِّ الذي لا يَعْقِلُ؛ لأنّ العَقْلَ شرطُ أهليّةِ التّصرُّفاتِ الشّرعيّةِ.

-**(وامّا) بلوغُه:** فليس بشرطٍ عندَنا، حتى يَصِحَّ الإيداعُ من الصّبيِّ المَأذونِ؛ لأنّ ذلك مِمّا يَحْتاجُ إليه التّاجرُ؛ فكان من تَوابِعِ التِّجارةِ، فيَمْلِكُه الصّبيُّ المَأذونُ، كما يَمْلِكُ التِّجارةَ.

وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - لا يَمْلِكُ التِّجارةَ، فلا يَمْلِكُ تَوابِعَها (على ما نَذْكُرُ)[1] في كِتابِ المَأذونِ وكذا حُرّيّتُه ليستْ بشرطٍ فيَمْلِكُ العبدُ المَأذونُ الإيداعَ لِما قُلْنا في الصّبيِّ المَأذونِ.

-**(ومنها)**: عَقْلُ المودَعِ فلا يَصِحُّ قَبولُ الوديعةِ من المجنونِ، والصّبيِّ الذي لا يَعْقِلُ؛

---

(١) في المخطوط: «وقد ذكرنا المسألة».

لأنّ حُكْمَ هذا العقدِ هو لُزومُ الحِفْظِ، ومَنْ لا عَقْلَ له لا يكونُ من أهلِ الحِفْظِ وأمّا بُلوغُه: فليس بشرطٍ حتى يَصِحَّ قَبولُ الوديعةِ من الصّبيِّ المَأذونِ؛ لأنّه من أهلِ الحِفْظِ.

ألا تَرَى أنّه أذِنَ له الوليُّ ولو لم يَكُنْ من أهلِ الحِفْظِ لَكان [الإذنُ له] [(١)] سفهًا.

وأمّا الصّبيُّ المَحْجورُ عليه، فلا يَصِحُّ قَبولُ الوديعةِ منه؛ لأنّه لا يَحْفَظُ المالَ عادةً ألا تَرَى أنّه [٤/ ٥٦أ] مُنِعَ عن مالِه ؟ ولو قَبِلَ الوديعةَ فاستَهْلكها؛ فإنْ كانت الوديعةُ عبدًا أو أمةً يَضْمَنْ بالإجماعِ، وإنْ كانت سِواهما [(٢)] فإنْ قَبِلَها بإذنِ الوليِّ [(٣)] فكذلك، وإنْ قَبِلَها بغيرِ إذنِه - لا ضَمانَ عليه عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وعند أبي يوسفَ يَضْمَنُ.

(وجه) قولِه [(٤)] أنّ إيداعَه لو صَحَّ فاستَهْلك الوديعةَ يوجِبُ الضَّمانَ، وإنْ [(٥)] لم يَصِحَّ جُعِلَ كأنّه لم يَكُنْ، فصارَ الحالُ بعدَ العقدِ كالحالِ قبلَه ولو استَهْلكها قبلَ العقدِ؛ لَوَجَبَ عليه الضَّمانُ إذا كانت الوديعةُ عبدًا أو أمةً.

-(وجه) **قولِهما:** أنّ الإيداع عند الصّبيِّ المَحْجورِ إهلاكٌ للمالِ معنى، فكان فعلُ الصّبيِّ إهلاكَ مالٍ قائمٍ صورةً لا معنى، فلا يكونُ مضمونًا عليه، ودَلالةُ ما قُلْنا: أنّه لَمّا وضَعَ المالَ في يَدِه، فقد وضَعَ في يَدِ مَنْ لا يَحْفَظُه عادةً، ولا يَلْزَمُه الحِفْظُ شرعًا، ولا شَكَّ أنّه لا يجبُ عليه حِفْظُ الوديعةِ شرعًا؛ لأنّ الصّبيَّ ليس من أهلِ وُجوبِ الشَّرائعِ عليه، والدَّليلُ على أنّه لا يَحْفَظُ الوديعةَ عادةً [(٦)]؛ أنّه مُنِعَ عنه مالُه ولو كان يَحْفَظُ المالَ عادةً لَدُفِعَ إليه، لقوله تبارك وتعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء:٦]، وبِهذا فارَقَ المَأذونَ؛ لأنّه يَحْفَظُ المالَ عادةً.

ألا تَرَى أنّه دُفِعَ إليه مالُه ولو لم يوجَدْ منه الحِفْظُ عادةً؛ لَكان الدَّفْعُ إليه سفهًا، بخلافِ ما إذا كانت الوديعةُ عبدًا أو أمةً؛ لأنّ هناك لا يجبُ عليه ضَمانُ المالِ أيضًا؛ وإنّما يجبُ عليه ضَمانُ الدَّمِ؛ لأنّ الضَّمانَ الواجبَ بقَتْلِ [(٧)] العبدِ ضَمانُ الدم، لا ضَمانَ المالِ، والعبدُ من حيث إنّه آدميٌّ قائمٌ من كُلِّ وجهٍ قبلَ الإيداعِ وبعدَه، فهو الفرقُ، وكذلك حُرّيّةُ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «سوى العبد والأمة».
(٣) في المخطوط: «المولى».
(٤) في المخطوط: «قول أبي يوسف».
(٥) في المخطوط: «ولو».
(٦) في المخطوط: «غالبًا».
(٧) في المخطوط: «بمقابلة».

المودَعِ ليستْ بشرطٍ لِصِحّةِ العقدِ، حتى يَصِحَّ القَبولُ من العبدِ المَأذون، ويترتب عليه أحكام العقد؛ لأنه يحتاج إلى الإيداع والاستيداع على ما نذكر في كتاب المأذون.

واما العبد المحجور: فلا يَصِحُّ منه القَبولُ؛ لأنّه لا يَحْفَظُ المالَ عادةً ولو قَبِلَها [(١)] فاستَهْلكها، فإنْ كانت عبدًا أو أمةً يُؤمَرُ المولى بالدَّفْعِ أو الفِداءِ، وإنْ كانت سِواهما، فإنْ قَبِلَها بإذنِ وليِّه [(٢)]؛ يَضْمَنُ بالإجماعِ، وإنْ قَبِلَها بغيرِ إذنِ وليِّه [(٣)]؛ لا يُؤاخَذُ به في الحالِ عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ.

وعند أبي يوسف: يُؤاخَذُ به في الحالِ، والكَلامُ في الطَّرَفَيْنِ [(٤)] على حَسَبِ ما ذَكَرنا في الصّبيِّ المَحْجورِ والله أعلم.

فصل [في بيان حكم العقد]

وأما بيان حكم العقد: فحُكْمُه لُزومُ الحِفْظِ للمالِكِ؛ لأنّ الإيداعَ من جانِبِ المالِكِ استحفاظٌ، ومن جانِبِ المودَعِ التِزامُ الحِفْظِ وهو من أهلِ الالتِزامِ فيَلْزَمُه لِقولِه عليه الصلاة والسلام: «المسلمُونَ عندَ شُرُوطِهم» [(٥)].

والكَلامُ في الحِفْظِ يقع في موضِعَيْنِ:

أحدُهما: فيما به يُحْفَظُ.

والثّاني: فيما فيه يُحْفَظُ.

-**(أمّا) الأوّلُ:** فالاستحفاظُ لا يخلو من [(٦)] أنْ يكونَ مُطْلَقًا أو مُقَيَّدًا، فإنْ كان مُطْلَقًا؛ فللمودَعِ أنْ يَحْفَظَ بيَدِ نفسِه، (ومَنْ هو) [(٧)] في عيالِه، وهو الذي يَسْكُنُ معه، ويُمَوِّنُه، فيَكْفيه طَعامَه، وشَرابَه، وكِسْوَتَه، كائنًا مَنْ كان قَريبًا، أو أجنبيًّا، من ولَدِه، وامرأتِه، وخَادِمِه، وأجيرِه، لا الذي استَأجَرَه بالدَّراهمِ والدَّنانيرِ، وبيَدِه مَنْ ليس في عيالِه مِمَّنْ

---

(١) في المخطوط: «قبل الوديعة». (٢) في المخطوط: «المولى».
(٣) في المخطوط: «المولى». (٤) في المخطوط: «الطريقين».
(٥) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: الأقضية، باب: في الصلح، برقم (٣٥٩٤)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٥٧)، برقم (٢٣٠٩)، والدارقطني (٣/ ٢٧)، برقم (٩٦)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٧٩)، برقم (١١٢١١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، انظر إرواء الغليل للألباني، رقم (١٣١٣).
(٦) في المخطوط: «إما». (٧) في المخطوط: «وبيد مَنْ».

يَحْفَظُ مالَه بنفسِه عادةً، كشريكِه المُفاوِضِ، والعِنانِ، وعبدِه المَأذونِ، وعبدِه المَعْزولِ [(١)] عن بَيْتِه هذا عندَنا [(٢)].

وقال الشافعيُّ - رحمه الله -: ليس له أنْ يَحْفَظَ إلاّ بيَدِ نفسِه، إلاّ أنْ يَسْتَعينَ بغيرِه من غيرِ أنْ يَغيبَ عن عَيْنِه، حتى لو فعَلَ يدخلُ في ضَمانِه [(٣)].

وجه قولِه: أنّ العقدَ تَناوَلَه دونَ غيرِه، فلا يَمْلِكُ (الإيداعَ من) [(٤)] غيرِه، كما لا يَمْلِكُ الإيداعَ [(٥)] سائرُ الأجانِبِ.

-**(ولنا):** أنّ المُلْتَزَمَ بالعقدِ هو الحِفْظُ والإنسانُ لا يَلْتَزِمُ بحِفْظِ مالِ غيرِه عادةً؛ إلاّ بما يَحْفَظُ به مالَ نفسِه، وإنّه يَحْفَظُ مالَ نفسِه بيَدِه مَرّةً وبيَدِ هَؤُلاءِ أُخرى، فلَه أنْ يَحْفَظَ الوديعةَ بيَدِهم [(٦)] أيضًا، فكان الحِفْظُ بأيديهم داخِلاً تَحْتَ العقدِ، دَلالةً.

وكذا له أنْ يَرُدَّ الوديعةَ على أيديهم، حتى لو هَلكتْ قبلَ الوُصولِ إلى المالِكِ، لا ضَمانَ عليه؛ لأنّ يَدَهم يَدُ المودَعِ مَعْنًى، فما دامَ [المال] [(٧)] في أيديهم؛ كان مَحْفوظًا بحِفْظِه، وليس له أنْ يَدْفَعَ الوديعةَ إلى غيرِهم إلاّ لِعُذْرٍ، حتى لو دَفَعَ، تَدْخُلُ في ضَمانِه؛ لأنّ المالِكَ ما رَضِيَ بيَدِه، ألا يَرَى أنّه لا يَرْضَى [بحفظ] [(٨)] مالِ نفسِه بيَدِه، فإذا [دَفَعَ فقد] [(٩)] صارَ مُخالفًا، فتَدْخُلُ الوديعةُ في ضَمانِه إلاّ إذا كان عن عُذْرٍ، بأنْ وقَعَ في دارِه [٤/ ٥٦ب] حَريقٌ، أو كان في السَّفينةِ، فخافَ الغَرَقَ؛ فدفعها إلى غيرِه؛ لأنّ الدَّفْعَ إليه في هذِه الحالةِ تَعَيَّنَ طريقًا للحِفْظِ، فكان الدَّفْعُ بإذنِ المالِكِ دَلالةً فلا يَضْمَنُ، فلو أرادَ (السَّفَرَ؛ فليس) [(١٠)] له أنْ يودِعَ؛ لأنّ السَّفَرَ ليس بعُذْرٍ.

ولو أودَعَها عند مَنْ ليس له أنْ يودِعَه، فضاعَتْ في يَدِ الثّاني، فالضَّمانُ على الأوّلِ، لا على الثّاني عند أبي حنيفةَ.

---

(١) في المخطوط: «المعدل».
(٢) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ١٢٤١).
(٣) مذهب الشافعية: إذا أودعها عند غيره من غير عذر ضمن. انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص (٣٢٦).
(٤) في المخطوط: «إيداع».
(٥) في المخطوط: «إيداع».
(٦) في المخطوط: «بأيديهم».
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) زيادة من المخطوط.
(٩) ليست في المخطوط.
(١٠) في المخطوط: «سفرًا ليس».

وعند أبي يوسف، ومحمد: المالِكُ بالخيارِ، إنْ شاء ضَمَّنَ الأوّلَ، وإنْ شاء ضَمَّنَ الثّانيَ، فإنْ ضَمَّنَ الأوّلَ لا يرجعُ بالضَّمانِ على الثّاني، وإنْ ضَمَّنَ الثّانيَ يرجعْ به على الأوّلِ.

وجه قولهما: أنّه وجَدَ من كُلِّ واحدٍ منهما سببَ وُجوبِ الضَّمانِ، أمّا الأوّلُ؛ فلأنّه دَفَعَ مالَ الغيرِ إلى غيرِه بغيرِ إذنِه، وأمّا الثّاني: فلأنّه قَبَضَ مالَ الغيرِ بغيرِ إذنِه، وكُلُّ واحدٍ منهما سببٌ لِوُجوبِ الضَّمانِ، فيُخَيَّرُ المالِكُ إنْ شاء ضَمَّنَ الأوّلَ، وإنْ شاء ضَمَّنَ الثّانيَ، كمودَعِ الغاصِبِ مع الغاصِبِ، غيرَ أنّه إنْ ضَمَّنَ الأوّلَ؛ لا يرجعُ بالضَّمانِ على الثّاني؛ لأنّه مَلَكَ الوديعة بأداءِ الضَّمانِ، فتَبَيَّنَ أنّه أودَعَ مالَ نفسَه إيّاه، فهذا مودَعٌ [1] هَلَكتِ الوديعةُ في يَدِه، فلا شيءَ عليه، وإنْ ضَمَّنَ الثّانيَ، يرجعُ بالضَّمانِ على الأوّلِ؛ لأنّ الأوّلَ غَرَّه بالإيداعِ، فيَلْزَمُه ضَمانُ الغرورِ، كأنّه كفَلَ عنه بما يَلْزَمُه من العُهْدةِ في هذا العقدِ، إذْ ضَمانُ الغرورِ ضَمانُ (كفالةٍ، لِما عُلِمَ) [2].

وجه قولِ أبي حنيفة: أنّ يَدَ المودَعِ الثّاني ليستْ بيَدٍ مانِعةٍ، بل هي يَدُ حِفْظٍ، وصيانةِ الوديعةِ عن أسْبابِ الهَلاكِ، فلا يَصْلُحُ أنْ يكونَ سببًا لِوُجوبِ الضَّمانِ؛ لأنّه من بابِ الإحسانِ إلى المالِكِ، [وقد] [3] قال الله تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ﴾ [التوبة:٩١] وكان يَنْبَغي أنْ لا يجبَ الضَّمانُ على الأوّلِ أيضًا؛ لأنّ الإيداعَ منه مُباشَرةُ سببِ الصّيانةِ والحِفْظِ له، فكان مُحْسِنًا فيه، إلاّ أنّه صارَ مَخْصوصًا عن النّصِّ، فبَقيَ المودَعُ الثّاني على ظاهرِه.

ولو أودَعَ غيرَه وادَّعى أنّه فعَلَ عن عُذْرٍ، لا يُصَدَّقُ على [4] ذلك إلاّ ببَيِّنةٍ عند أبي يوسفَ، وهو قياسُ قولِ أبي حنيفةَ - رحمه الله - كذا ذَكَرَ الشّيخُ القُدوريُّ رحمه الله؛ لأنّ الدَّفْعَ إلى غيرِه سببٌ لِوُجوبِ الضَّمانِ في الأصلِ، فدَعْوَى الضَّرورةِ دَعْوَى أمرٍ عارِضٍ، يُريدُ به دَفْعَ الضَّمانِ عن نفسِه، فلا يُصَدَّقُ إلاّ بحُجّةٍ.

هذا إذا هَلكتِ الوديعةُ في يَدِ المودَعِ الثّاني، فأمّا إذا استَهْلكها، فالمالِكُ بالخيارِ، إنْ شاء ضَمَّنَ الأوّلَ، وإنْ شاء ضَمَّنَ الثّانيَ بالإجماعِ، غيرَ أنّه إنْ ضَمَّنَ الأوّلَ، يرجعُ بالضَّمانِ على الثّاني، وإنْ ضَمَّنَ الثّانيَ؛ لا يرجعُ بالضَّمانِ على الأوّلِ؛ لأنّ سببَ

---

(١) في المخطوط: «مودعه».
(٢) في المخطوط: «الكفالة على ما عرف».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «في».

وُجوبِ الضَّمانِ وُجِدَ من الثّاني حَقيقةً، وهو الاستِهْلاكُ لِوُقوعِه إعجازًا للمالِكِ عن الانتِفاعِ بمالِه على طريقِ القَهْرِ، ولم يوجَدْ من الأوّلِ إلاّ الدَّفْعُ إلى الثّاني على طريقِ الاستحفاظِ دونَ الإعجازِ، إلاّ أنّه ألحَقَ ذلك بالإعجازِ شرعًا في حَقِّ اختيارِ التّضْمينِ صورةً؛ لأنّه باشَرَ سببَ الإعجازِ، فكان الضَّمانُ في الحقيقةِ على الثّاني؛ لأنّ إقرارَ [(١)] الضَّمانِ عليه، لِذلك [لم] [(٢)] يرجعِ الأوّلُ على الثّاني، ولم يرجعِ الثّاني على الأوّلِ، بخلافِ مودِعِ الغاصِبِ إذا هَلك المَغْصوبُ في يَدِه أنّ المالِكَ يَتَخيَّرُ (بين أنْ يَضْمَنَ) [(٣)] الغاصِبُ، (أو يَضْمَنَ) [(٤)] المودَعُ، فإنْ ضَمَّنَ الغاصِبَ لا يرجعُ بالضَّمانِ على المودَعِ، وإنْ ضَمَّنَ المودَعَ يرجعُ به على الغاصِبِ، وقد تَقَدَّمَ الفرْقُ.

وعلى هذا إذا أَوْدَعَ رجلٌ من رجلينِ مالاً، فإنْ كان مُحْتَمَلاً للقسمةِ اقْتَسَماه، وحَفِظَ كُلُّ واحدٍ منهما نصفَه؛ لأنّه لَمّا أودَعَه من رجلينِ، فقد استَحْفَظَهما جميعًا، فلا بُدَّ وأنْ تكونَ الوديعةُ في حِفْظِهما جميعًا، ولا تَتَحقَّقُ [(٥)] إلاّ بالقسمةِ؛ ليكونَ النِّصْفُ في يَدِ هذا، والنِّصْفُ في يَدِ ذاكَ، والمَحِلُّ مُحْتَمِلٌ للقسمةِ فيَقْتَسِمانِ نصفَيْنِ.

ولو سَلَّمَ أحدُهما النِّصْفَ إلى صاحبه فضاعَتْ، ضمن [(٦)] المُسَلِّمِ نصفُ الوديعةِ عند أبي حنيفةَ.

وعند أبي يوسفَ، ومحمدٍ: لا يَضْمَنُ، [ولا يضمن] [(٧)] القابِضُ شيئًا بالإجماعِ.

ولو كانت الوديعةُ مِمّا لا يحتملُ القسمةَ، فلِكُلِّ واحدٍ منهما أنْ يُسَلِّمَ الكُلَّ إلى صاحبه، وإذا فعَلَ فضاعَتْ فلا ضَمانَ عليه بالإجماعِ.

وجه قولِهما: أنّ المالِكَ لَمّا استحفظهما [(٨)]، فقد رَضيَ بيَدِ كُلِّ واحدٍ منهما على كُلِّ الوديعةِ، كما إذا لم تكُنِ الوديعةُ مُحْتَمِلةً للقسمةِ.

وجه قولِ أبي حنيفةَ: أنّ المالِكَ استَحْفَظَ كُلَّ واحدٍ منهما في نصف [(٩)] الوديعةِ لا في كُلِّها، فكان راضيًا بثُبوتِ يَدِ كُلِّ واحدٍ منهما على [٤/ ٥٧أ] البعضِ دونَ الكُلِّ.

---

(١) في المخطوط: «قرار».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «وإن شاء ضمن».
(٤) في المخطوط: «وإن شاء ضمن».
(٥) في المخطوط: «يكون كذلك».
(٦) في المطبوع: «فمن».
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) في المطبوع: «استَحْفَظَها».
(٩) في المطبوع: «بعضِ».

وهذا لِما ذَكَرْنا، أنّه لَمّا استَحْفَظَها جميعًا، فلا بُدَّ أنْ يكونَ المالُ في حِفْظِهما جميعًا، ولا يُمْكِنُ أنْ يكونَ كُلُّه في يَدِ كُلِّ واحدٍ منهما؛ لِلاستِحالةِ فيُقْسَمُ ليكونَ النِّصْفُ في يَدِ أحدِهما، والنِّصْفُ في يَدِ الآخَرِ، فإذا كان المَحَلُّ مُحْتَمِلاً للقسمةِ؛ ولم يَكُنْ راضيًا يكونُ [الكلُّ] (١) في يَدِ أحدِهما، فإذا فعَلَ فقد خالَفَه (٢)، فدَخَلَ في ضَمانِه، فإذا ضاعَ ضَمن، بخلافِ ما إذا لم يَكُنْ مُحْتَمِلاً للقسمةِ؛ لأنّه إذا لم يحتملْ [القسمة] (٣) تعَذَّرَ أنْ يكونَ كُلُّه في حِفْظِ كُلِّ واحدٍ منهما، على التَّوْزيعِ في زَمانٍ واحدٍ، فكان راضيًا بكَوْنِه في يَدِ كُلِّ واحدٍ منهما، في زَمانَيْنِ على التّهايُؤِ (٤) فلم يَصِرْ مُخالفًا بالدَّفْعِ، فهو الفرْقُ وعلى هذا الخلافِ الذي ذَكَرْنا: المُرْتَهِنانِ والوكيلانِ بالشِّراءِ، إذا كان المَرْهونُ والمُشترَى مِمّا يحتملُ القسمةَ، فسَلَّمَه أحدُهما إلى صاحبه والله أعلم.

وأمّا الثّاني: وهو الكَلامُ فيما فيه تُحْفَظُ [فيه] (٥) الوديعةُ، فإنْ كان العقدُ مُطْلَقًا فلَه أنْ يَحْفَظَها فيما يَحْفَظُ فيه مالَ نفسِه من دارِه وحانوتِه وكيسِه وصُنْدوقِه؛ لأنّه ما التَزَمَ حِفْظَها إلاّ فيما يَحْفَظُ فيه مالَ نفسِه، وليس له أنْ يَحْفَظَ في حِرْزِ غيرِه؛ لأنّ حِرْزَ غيرِه في يَدِ ذلك الغيرِ، ولا يَمْلِكُ الحِفْظَ بيَدِه فلا يَمْلِكُه بما في يَدِه أيضًا، إلاّ إذا استَأجَرَ حِرْزًا لِنفسِه، فلَه أنْ يَحْفَظَ فيه؛ لأنّ الحِرْزَ في يَدِه فما في الحِرْزِ يكونُ في يَدِه أيضًا فكان حافِظًا بيَدِ نفسِه فمَلك ذلك، وله أنْ يَحْفَظَ [في] (٦) الحضرَ والسَّفَرَ بأنْ يُسافِرَ بها عند أبي حنيفةَ سَواءٌ كان للوَديعةِ حِمْلٌ ومُؤنةٌ، أو لم يَكُنْ (٧)، وعند أبي يوسفَ [ومحمّدٍ] (٨)، إنْ كان لها حِمْلٌ ومُؤنةٌ؛ لا يَمْلِكُ المُسافَرَةَ بها، وإنْ لم يَكُنْ يَمْلِكُ (٩).

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «خالف».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) التهايؤ: التواضع على أمر فيرضوا به. انظر: المغرب (٢/ ٣٩٢).
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) انظر في مذهب الأحناف: شرح فتح القدير (٨/ ٤٩٠، ٤٩١)، الاختيار (٣/ ٢٧)، البناية (٩/ ١٤٨، ١٤٩).
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) وفي بيان مذهب الشافعية: أنه إذا أودع المالك وديعته إلى مودع حاضر لم يجُز للمودع أن يسافر بها، فإن فعل ضمن، ولو سافر بها لعذر بأن جلا أهل البلد، أو وقع حريق أو غارة، فلا ضمان بشرط أن يعجز عن ردِّها فإذا أودع المالك مسافرًا فسافر بالوديعة فلا ضمان على المودع لأن المالك رضي حين أودعه. انظر الوسيط (٤/ ٥٠١، ٥٠٢)، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٨، ٣٢٩).

وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - لا يَمْلِكُ كيْفَ ما كان.

أمّا الكَلامُ مع الشّافعيِّ، - رحمه الله - فوجه قولِه: أنّ المُسافَرةَ الوديعةِ بالموادعة تَضْييعُ المالِ؛ لأنّ المَفازةَ مضيَعةٌ، قال النّبِيُّ - عليه أفضَلُ التّحِيّةِ: «المُسافِرُ ومالُه على قَلْبٍ إلّا ما وقَى اللّه» (١)، فكان التّحْويلُ (٢) إليها تَضْييعًا فلا يَمْلِكُه المودَع.

(ولَنا) أنّ الأمرَ بالحِفْظِ صَدرَ مُطْلَقًا عن تَعْيينِ المَكانِ، فلا يجوزُ التّعْيينُ إلاّ بدَليلٍ.

[و] (٣) قولُه: المَفازةُ مضيَعةٌ قُلْنا: [ممنوعٌ أو نَقولُ] (٤) إذا كان الطَّريقُ مَخوفًا أمّا إذا كان آمِنًا فلا، والكَلامُ فيما إذا (كان الطَّريقُ آمِنًا) (٥)، والحديثُ مَحْمولٌ على ابْتِداءِ الإسلامِ، حينَ كانت الغَلَبةُ للكَفَرةِ، وكانت الطَّريقُ مَخوفةً، ونَحْنُ به نَقولُ.

وأمّا الكَلامُ مع أصحابِنا - رضي الله عنهم - فوجه قولِهما أنّ في المُسافَرةِ بمالِه حِمْلٌ ومُؤنةُ ضرَرٍ بالمالِكِ لِجوازِ أنْ يَموتَ المودَعُ في السَّفَرِ، فيَحْتاجُ إلى الاستِرْدادِ من موضِعٍ لا يُمْكِنُه ذلك، إلاّ بحِمْلٍ ومُؤنةٍ عَظيمةٍ فيَتَضرَّرُ به، ولا كذلك إذا لم يَكُنْ لها حِمْلٌ ومُؤنةٌ، ولأبي حنيفةَ على نحوِ ما ذَكَرْنا مع الشّافعيِّ - رحمه الله -: أنّ الأمرَ بالحِفْظِ لا يَتعَرّضُ لِمَكانٍ دونَ مَكان، ولا يجوزُ تَقْييدُ المُطْلَقِ من غيرِ دَليلٍ.

قولُهما: فيه ضرَرٌ. قُلْنا: هذا النّوْعُ من الضَّرَرِ ليس بغالِبٍ، فلا يجبُ دَفْعُه، على أنّه إنْ كان، فهو الذي أضرَّ بنفسِه حيث أطْلَقَ الأمرَ، ومَنْ لم يَنْظُرْ لِنفسِه لا يُنْظَرُ له، هذا إذا كان العقدُ مُطْلَقًا عن شرطٍ في الفصلينِ جميعًا، فأمّا إذا شَرَطَ فيه شرطًا نَظَرَ فيه، إنْ كان شرطًا يُمْكِنُ اعتِبارُه ويُفيدُ اعتُبِرَ، وإلاّ فلا.

بيانُ ذلك؛ إذا أمَرَه بالحِفْظِ وشَرَطَ عليه أنْ يُمْسِكَها بيَدِه ليلاً ونَهارًا ولا يَضَعُها فالشّرطُ باطِلٌ حتى لو وضَعَها في بَيْتِه، أو فيما يُحْرِزُ فيه مالَه عادةً، فضاعَتْ؛ لا ضَمانَ عليه؛ لأنّ إمساكَ الوديعةِ بيَدِه [دائمًا] (٦)، بحيث لا يَضَعُها - أصلاً غيرَ مقدورٍ له عادةً، فكان شرطًا

---

(١) ضعيف جدًا: أورده العجلوني في كشف الخفاء (٢/ ٢٠٦)، برقم (٢١٠٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، انظر إرواء الغليل للألباني، رقم (١٥٤٥).
(٢) في المخطوط: «التحول».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «كانت الطريق آمنة».
(٦) زيادة من المخطوط.

لا يُمْكِنُ مُراعاتُه فيُلْغَى [١] ولو أمَرَه بالحِفْظِ ونَهاه أنْ يَدْفَعَها إلى امرأتِه، أو عبدِه، أو ولَدِه الذي هو في عيالِه أو الأجنبي الذي هو في عياله؛ أو مَنْ يَحْفَظُ مالَ نفسِه بيَدِه عادةً، نَظَرَ فيه إنْ كان لا يجِدُ بُدًّا من الدَّفْعِ إليه له أنْ يَدْفَعَ؛ لأنّه إذا لم يجِدْ بُدًّا من الدَّفْعِ إليه كان النّهْيِ عن الدَّفْعِ إليه نَهْيًا عن الحِفْظِ فكان سفَهًا فلا يَصِحُّ نَهْيُه وإنْ كان يجِدُ بُدًّا من الدَّفْعِ إليه ليس له أنْ يَدْفَعَ.

ولو دَفَعَ - يدخلُ في ضَمانِه؛ لأنّه إذا كان له منه بُدٌّ في الدَّفْعِ إليه، أمكَنَ اعتِبارُ الشّرطِ وهو مُفيدٌ؛ لأنّ الأيديَ في الحِفْظِ مُتَفاوِتةٌ، والأصلُ في الشُّروطِ اعتِبارُها ما أمكَنَ.

ولو قال: (لا تُخْرِجْها) [٢] من الكوفةِ، فخَرَجَ بها تَدْخُلُ في ضَمانِه؛ لأنّه شرطٌ يُمْكِنُ اعتِبارُه وهو مُفيدٌ؛ لأنّ الحِفْظَ في المِصْرِ أكمَلُ من الحِفْظِ في السَّفَرِ؛ إذِ السَّفَرُ موضِعُ الخطَرِ؛ إلاّ إذا [٤/ ٥٧ب] خافَ التّلَفَ عليها؛ فاضْطُرَّ إلى الخُروجِ بها، فخَرَجَ لا تَدْخُلُ في ضَمانِه؛ لأنّ الخُروجَ [بها] [٣] في هذِه الحالةِ طريقٌ مُتَعَيِّنٌ للحِفْظِ، كما إذا وقَعَ في دارِه حَريقٌ؛ أو كان في سفينةٍ فخافَ الغرَقَ، فدَفَعَها إلى غيرِه.

ولو قال له: احفَظِ الوديعةَ في دارِكَ هذِه، فحَفِظَها في دارٍ له أُخرى، فإنْ كانت الدّارانِ في الحِرْزِ سَواءً أو كانت الثّانيةُ أحْرَزَ، لا تَدْخُلُ في ضَمانِه؛ لأنّ التّقْييدَ غيرُ مُفيدٍ، وإنْ كانت الأولى أحْرَزَ من الثّانيةِ دَخَلَتْ في ضَمانِه؛ لأنّ التّقْييدَ [به] [٤] عند تفاوُتِ الحِرْزِ مُفيدٌ.

وكذلك لو أمَرَه أنْ يَضَعَها في دارِه في هذِه القِرْيةِ، ونَهاه عن أنْ يَضَعَها في دارِه في قَرْيةٍ أُخرى - فهو على هذا التّفْصيلِ.

ولو قال له: أَخْبِئْها في هذا البَيْتِ، وأشارَ إلى [هذا] [٥] - بَيْتٌ مُعَيَّنٌ في دارِه - فخَبَّأها في بَيْتٍ آخَرَ في تلك الدّارِ - لا تَدْخُلُ في ضَمانِه؛ لأنّ البَيْتَيْنِ من دارٍ واحدةٍ، لا يختَلِفانِ في الحِرْزِ عادةً، بخلافِ الدّارَيْنِ، فلا يكونُ التّعْيينُ مُفيدًا، حتى لو تَفاوَتا بأنْ كان الأوّلُ أحْرَزَ من الثّاني، تَدْخُلُ في ضَمانِه.

---

(١) في المخطوط: «فيلغو».
(٢) في المخطوط: «لا تخرج بها».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) زيادة من المخطوط.

والأصلُ المَحْفوظُ في هذا البابِ ما ذَكَرْنا، أنّ كُلَّ شرطٍ يُمْكِنُ مُراعاتُه ويُفيدُ، فهو مُعْتبَرٌ، وكُلُّ شرطٍ لا يُمْكِنُ مُراعاتُه ولا يُفيدُ، فهو هَدرٌ، وهذا عندَنا.

وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - تَجِبُ مُراعاةُ الشُّروطِ في المَواضِعِ كُلِّها حتى إنّ المَأمورَ بالحِفْظِ في بَيْتٍ مُعَيَّنٍ لا يَمْلِكُ الحِفْظَ في بَيْتٍ آخَرَ من دارٍ واحدةٍ.

وجه قولِه: أنّ الأصلَ اعتِبارُ تَصَرُّفِ العاقِلِ على الوجه الذي أوقَعَه، فلا يَتْرُكُ هذا الأصلَ إلاّ لِضرورةٍ ولم يوجَدْ، وصارَ كالدّارَيْنِ، والجوابُ: نَعَمْ، إذا تَعَلَّقَتْ به عاقِبةٌ حَميدةٌ، فأمّا إذا خَرَجَ مَخْرَجَ السَّفَه والعَبَثِ فلا؛ لأنّ [١] التّعْيينَ عند انعِدامِ التّفاوُتِ في الحِرْزِ يجْري مجرَى العَبَثِ، كما إذا قال: احفَظْ بيَمينِكَ، ولا تَحْفَظْ بشِمالِكَ، أو احفَظْ في هذِه الزّاويةِ من البَيْتِ، ولا تَحْفَظْ في الزّاويةِ الأُخرى، فلا يَصِحُّ التّعْيينُ؛ لانعِدامِ الفائدةِ حتى لو تَفاوَتا في الحِرْزِ يَصِحُّ، بخلافِ الدّارَيْنِ، لأن [٢] الأصلُ في الدّارَيْنِ اختِلافُ الحِرْزِ، فكان التّعْيينُ مُفيدًا حتى لو لم يختَلِفْ [٣]، فالجوابُ فيها [٤] كالجوابِ في البَيْتَيْنِ على ما مَرَّ والله أعلم.

فصل [في بيان حال الوديعة]

وأمّا بيانُ حالِ الوديعةِ: فحالُها أنّها في يَدِ المودَعِ أمانةٌ؛ لأنّ المودَعَ مُؤتَمَنٌ، فكانت الوديعةُ أمانةً في يَدِه، ويَتَعَلَّقُ بكَوْنِها أمانةً أحْكامٌ:

منها: وُجوبُ الرَّدِّ [٥] عند طَلَبِ المالِكِ، لقوله تعالى- جَلَّ شَأنُه-: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء:٥٨] حتى لو حَبَسَها بعدَ الطَّلَبِ فضاعَتْ ضَمن.

هذا إذا كانت الوديعةُ لِرجلٍ واحدٍ، فأمّا إذا كانت مُشاعًا لِرجلينِ، (فجاءَ أحدُهما، وطَلَبَ) [٦] حِصّتَه - (لا يجبُ عليه الرَّدُّ) [٧]؛ بأنْ أوْدَعَ رجلانِ رجلًا وديعةً، دراهمَ أو دَنانيرَ أو [٨] ثيابًا، وغابَ ثم جاءَه أحدُهما، وطَلَبَ بعضَها، وأبى المُسْتَوْدَعُ ذلك، لم يَأمُره القاضي بدَفْعِ شيءٍ إليه ما لم يَحْضُرِ الغائبُ عند أبي حنيفةَ.

---

(١) في المخطوط: «و».
(٢) في المطبوع: «و».
(٣) في المخطوط: «يحلف».
(٤) في المخطوط: «فيهما».
(٥) في المخطوط: «الأداء».
(٦) في المخطوط: «أحدهما طلب».
(٧) في المخطوط: «لا يجبر على الأداء».
(٨) في المطبوع: «و».

وقال أبو يوسف (ومحمد: يُقَسِّمُ ذلك، ويَدْفَعُ إليه حِصَّتَه) [١]، ولا يكونُ ذلك قسمةً جائزةً على الغائبِ بلا خلافٍ؛ حتى لو هَلك الباقي في يَدِ المودَعِ، ثم جاءَ الغائبُ له أنْ يُشارِكَ صاحبَه في المقبوضِ عندَهم جميعًا.

ولو هَلك المقبوضُ في يَدِ القابِضِ ثم جاءَ الغائبُ، فليس للقابِضِ أنْ يُشارِكَ صاحبَه [٢] في الباقي.

وجه قولِهما: أنّ الآخِذَ بأخْذِ حِصَّتِه مُتَصَرِّفٌ في مِلْكِ نفسِه، فكان له ذلك من غيرِ حَضْرةِ الغائبِ، كما إذا كان لِرجلينِ دَيْنٌ مُشترَكٌ على رجلٍ، فجاءَ أحدُهما وطَلَبَ حِصَّتَه من الدَّيْنِ، فإنّه يَدْفَعُ إليه حِصَّتَه لِما قُلْنا كذا هذا.

وجه قولِ أبي حنيفة: أنّ المودَعَ لو دَفَعَ شيئًا إلى الشَّريكِ الحاضِرِ، لا يخلو: إمّا أنْ يَدْفَعَ إليه من النّصيبَيْنِ جميعًا، وإمّا أنْ يَدْفَعَ إليه من نَصيبه خاصّةً، لا سبيل إلى الأوّلِ؛ لأنّ دَفْعَ نَصيبِ الغائبِ إليه مُمْتَنِعٌ شرعًا، ولا سَبيلَ إلى الثّاني؛ لأنّ نَصيبَه شائعٌ في كُلِّ الألفِ؛ لِكَوْنِ الألفِ مُشترَكةً بينهما، ولا تَتَمَيَّزُ إلاّ بالقسمةِ، والقسمةُ على الغائبِ غيرُ جائزةٍ؛ (ولو سَلَّمْنا) [٣] ذلك حتى قالا: إذا جاءَ الغائبُ وقد هَلك الباقي، له أنْ يُشارِكَ القابِضَ في المقبوضِ.

ولو نَفَذَتِ القسمةُ لَما شارَكَه فيه؛ لِتَمَيُّزِ حَقِّه عن حَقِّ صاحبه بالقسمةِ، والقياسُ على الدَّيْنِ المُشترَكِ غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ الغَريمَ يَدْفَعُ نَصيبَ أحدِ الشَّريكينِ، بدَفْعِ مالِ نفسِه لا مالِ شريكِه الغائبِ، وهنا يَدْفَعُ مالَ الغائبِ بغيرِ إذنِه، فلا يَسْتَقيمُ القياسُ.

ولو كان في يَدِه ألفُ درهَم فجاءَه رجلانِ وادَّعَى كُلُّ واحدٍ منهما [٤/ ٥٨أ] أنّه أودَعَه إيّاها، فقال المودَعُ: أودَعنيها أحدُكُما ولَسْتُ أدْري أيُّكُما هو، فهذا في الأصلِ لا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ:

إمّا أنِ اصْطَلَحَ المُتَداعيانِ [٤] على أنْ يَأخُذا الألفَ وتكونَ بينهما، وإمّا أنْ لم يَصْطَلِحا، وادَّعَى كُلُّ واحدٍ منهما أنّ الألفَ له خاصّةً لا لِصاحبه، فإنِ اصْطَلَحا على ذلك

---

(١) في المخطوط: «أقسم ذلك وأدفع إليه حصته وهو قول محمد».
(٢) في المخطوط: «الغائب».
(٣) في المخطوط: «وقد سلما».
(٤) في المخطوط: «المدعيان».

فلَهما ذلك، وليس للمودَعِ أنْ يَمْتَنِعَ عن تسليمِ الألفِ إليهما؛ لأنّه أقرَّ أنّ الألفَ لأحدِهما، وإذا اصْطَلَحا على أنّها تكونُ بينهما، لا يُمْنَعانِ عن ذلك، وليس لهما أنْ يَسْتَحْلِفا المودَعَ بعدَ الصُّلْحِ، وإنْ لم يَصْطَلِحا وادَّعى كُلُّ واحدٍ منهما أنّ الألفَ له، لا يَدْفَعُ إلى أحدِهما شيئًا؛ لِجَهالةِ المُقِرِّ له بالوديعة [1]، ولِكُلِّ واحدٍ منهما أنْ يَسْتَحْلِفَ المودَعَ، فإنِ استَحْلَفَه كُلُّ واحدٍ منهما، فالأمرُ لا يخلو، إمّا أنْ يَحْلِفَ لِكُلِّ واحدٍ منهما، وإمّا أنْ يَنْكُلَ لِكُلِّ واحدٍ منهما، وإمّا أنْ يَحْلِفَ لأحدِهما ويَنْكُلَ للآخرِ، فإنْ حَلَفَ لهما فقد انقَطَعَتْ خُصومَتُهما للحالِ إلى وقتِ إقامةِ البَيِّنةِ، كما في سائرِ الأحْكامِ [2].

وهَلْ يَمْلِكانِ الاصْطِلاحَ على أخْذِ الألفِ بينهما بعدَ الاستحلافِ، فهو على الاختِلافِ المَعْروفُ بين أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وبين محمّدٍ رحمهم الله، على قولِهما: لا يَمْلِكانِ، وعلى قولِ محمّدٍ: يَمْلِكانِ، وهي مسألةُ الصُّلْحِ بعدَ الحلِفِ، وقد مَرَّتْ في كِتابِ الصُّلْحِ.

وإنْ نَكَلَ لهما يُقْضَى بالألفِ بينهما نصفَيْنِ، ويَضْمَنُ ألفًا أُخرى بينهما، فيَحْصُلُ لِكُلِّ واحدٍ منهما ألفٌ كامِلةٌ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما يَدَّعي أنّ كُلَّ الألفِ له، فإذا نَكَلَ له والنُّكولُ بَذْلٌ أو إقرارٌ، فكأنّه بَذَلَ لِكُلِّ واحدٍ منهما ألفًا، أو أقَرَّ لِكُلِّ واحدٍ منهما بألفٍ، فيُقْضَى عليه بينهما بألفٍ، ويَضْمَنُ أيضًا ألفًا أُخرى، تكونُ بينهما؛ ليَحْصُلَ لِكُلِّ واحدٍ منهما ألفٌ كامِلةٌ [3].

لو حَلَفَ لأحدِهما ونَكَلَ للآخرِ، قَضَى بالألفِ لِلَّذي نَكَلَ له، ولا شيءَ لِلَّذي حَلَفَ له؛ لأنّ النُّكولَ حُجّةُ مَنْ نَكَلَ له، لا حُجّةَ مَنْ حَلَفَ له.

ومنها: وُجوبُ الأداءِ إلى المالِكِ؛ لأنّ الله أمَرَ بأداءِ الأماناتِ إلى أهلِها، وأهلُها مالِكُها حتى لو رَدَّها إلى مَنْزِلِ المالِكِ، فجعلها فيه، أو دَفَعَها إلى مَنْ هو في عيالِ المالِكِ، دَخَلَتْ في ضَمانِه، حتى لو ضاعَتْ يَضْمَنُ، بخلافِ العاريّةِ، فإنّ المُسْتَعيرَ لو جاءَ بمَتاعِ العاريّةِ وألقاها في دارِ المُعيرِ، أو جاءَ بالدّابّةِ فأدْخَلَها في إصْطَبْلِه - كان رَدًّا صَحيحًا؛ لأنّ ظاهرَ النّصِّ الذي تَلَونا أنْ لا يَصِحَّ، إلاّ أنّها صارَتْ مَخْصوصةً عن عُمومِ

---

(١) في المطبوع: «الوديعة».

(٢) في المخطوط: «المواضع».

(٣) في المخطوط: «تام».

الأماناتِ (١)، فبَقيَتِ الوديعةُ على ظاهرِه؛ ولأنّ القياسَ في الموضِعَيْنِ ما ذَكَرنا من لُزومِ الرَّدِّ إلى المالِكِ، إلاّ أنّا استَحْسَنّا في العاريّةِ للعادةِ الجاريةِ فيها برَدِّها إلى بَيْتِ المالِكِ، أو بدَفْعِها (٢) إلى مَنْ في عيالِه، حتى لو كانت العاريّةُ شيئًا نَفيسًا، كعِقْدِ جَوْهَرٍ ونحوِ ذلك؛ لا يَصِحُّ الرَّدُّ؛ لانعِدامِ جَرَيانِ العادةِ بذلك في الأشياءِ النّفيسةِ، ولم تَجْرِ به العادةُ في مالِ الوديعةِ، فتَبْقَى على أصلِ القياس؛ ولأنّ مَبنَى الإيداعِ على (السر والإخفاء) (٣) (٤) عادةً، فإنّ الإنسانَ إنّما يودَعُ ماله (٥) غيرَه سِرًّا عن النّاس، لِما يَتعلّقُ به من المَصْلَحةِ، فلو رَدَّه (٦) على غيرِ المالِكِ لانكَشَفَ؛ إذِ السِّرُّ إذا جاوَزَ اثنيْنِ يَفْشو، فيَفوتُ المعنى المجعولُ له الإيداعُ، بخلافِ العاريّةِ؛ لأنّ مَبناها على الإعلانِ والإظهارِ؛ لأنّها شُرِعَتْ لِحاجةِ المُسْتَعيرِ إلى استِعْمالِها في حَوائجِه، ولا يُمْكِنُه الاستِعْمالُ سِرًّا عن النّاس عادةً، فالرَّدُّ إلى غيرِ المالِكِ لا يُفَوِّتُ ما شُرِعَتْ له العاريّةُ، فهو الفرْقُ والله أعلم.

ومنها: أنّه إذا ضاعَتْ في (٧) يَدِ المودَعِ بغيرِ صُنْعِه، لا يَضْمَنُ، لِما رُوِيَ عن رَسُولِ الله ﷺ - أنّه قال: «ليس على المُسْتَعيرِ غيرِ المُغَلِّ ضَمانٌ، ولا على المُسْتَوْدَعِ غيرِ المُغَلِّ ضَمانٌ» (٨)؛ ولأنّ يَدَه يَدُ المالِكِ، فالهَلاكُ في يَدِه كالهَلاكِ في يَدِ المالِكِ، وكذلك إذا دَخَلَها نَقْصٌ؛ لأنّ النُّقْصانَ هَلاكُ بعضِ الوديعةِ، وهَلاكُ الكُلِّ لا يوجِبُ الضَّمانَ، فهَلاكُ البعضِ أولى.

ومنها أنّ المودَعَ مع المودِعِ إذا اختَلَفا، فقال المودَعُ: هَلكتْ، أو قال: رَدَدْتُها إليكَ، وقال المالِكُ: [لا] (٩) بل استَهْلَكْتُها، فالقولُ قولُ المودَعِ؛ لأنّ المالِكَ يَدّعي على الأمينِ أمرًا عارِضًا، وهو التّعَدّي، والمودَعُ مُسْتَصْحِبٌ لِحالِ الأمانةِ، فكان مُتَمَسِّكًا بالأصلِ، فكان القولُ قوله، لَكِن مع اليَمينِ؛ لأنّ التُّهْمةَ قائمةٌ، فيُسْتَحْلَفُ دَفْعًا لِلتُّهْمةِ، وكذلك إذا قال: المودِعُ: استُهْلِكَتْ من غيرِ إذني، وقال المالك: بل استَهْلَكْتَها أنْتَ، أو

---

(١) في المطبوع: «الآيات». (٢) في المخطوط: «الدفع».
(٣) في المطبوع: «السِّترِ والإغْفاءِ».
(٤) الإغفاء: ما يخرج من الطعام فيرمى به، وهو الرديء من كل شيء، انظر: اللسان (١٥/ ١٦٠).
(٥) في المطبوع: «مالَ». (٦) في المخطوط: «ردّ».
(٧) في المخطوط: «من».
(٨) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه بنحوه (٨/ ١٧٨)، برقم (١٤٧٨٢).
(٩) زيادة من المخطوط.

غيرُكَ بأمرِكَ، أنّ القولَ قولُ المودَعِ؛ لِما قُلْنا.

ولو قال [المودع] (١) [٤/ ٥٨ب]: إنّها قد ضاعَتْ، ثم قال بعدَ ذلك: بل كُنْتُ رَدَدْتُها [إليكَ] (٢)، لكنّي أوهمتُ، لم يُصَدَّقْ، وهو ضامِنٌ؛ لأنّه نَفَى الرَّدَّ بدَعْوَى الهَلاكِ، ونَفَى الهَلاكَ بدَعْوَى الرَّدِّ، فصارَ نافيًا ما أثبَتَه مُثْبِتًا ما نَفاه، وهذا تَناقُضٌ، فلا تُسْمَعُ منه دَعْوَى الضَّياعِ والرَّدِّ؛ لأنّ المُناقِضَ لا قولَ له؛ ولأنّه لَمّا ادَّعَى دَعْوَتَيْنِ وأكذَبَ نفسَه في كُلِّ واحدةٍ منهما فقد ذهبَتْ أمانَتُه، فلا يُقْبَلُ قولُه.

فصل [فيما يغير حال المعقود عليه]

وَأمّا بيانُ ما يُغَيِّرُ حالَ المَعْقودِ عليه، [فالمغير لها] (٣) من الأمانةِ إلى الضَّمانِ، فأنْواعٌ:

منها: تَرْكُ الحِفْظِ؛ لأنّه بالعقدِ التَزَمَ حِفْظَ الوديعةِ على وجهٍ لو تَرَكَ حِفْظَها حتى هَلكتْ يَضْمَنُ بَدَلَها، وذلك بطريقِ الكَفالةِ، ولِهذا لو رَأى إنسانًا يَسْرِقُ الوديعةَ، وهو قادِرٌ على مَنْعِه [فلم يمنعه يضمن] (٤) لِتَرْكِ الحِفْظِ المُلْتَزَمِ بالعقدِ، وهو معنى قولِ مَشايِخِنا إنّ المودَعَ يُؤخَذُ بضَمانِ العقدِ.

ومنها: تَرْكُ الحِفْظِ للمالِكِ؛ بأنْ خالَفَه (٥) في الوديعةِ بأنْ كانت الوديعةُ ثوبًا فلَبِسَه، أو دابّةً فرَكِبَها، أو عبدًا فاستَعْمَلَه (٦)، أو أودَعَها مَنْ ليس في عيالِه، ولا هو مِمَّنْ يَحْفَظُ مالَه بيَدِه عادةً؛ لأنّ المُلْتَزَمَ بالعقدِ هو الحِفْظُ للمالِكِ، فإذا حَفِظَ لِنفسِه، فقد تَرَكَ الحِفْظَ للمالِكِ، فدَخَلَتْ في ضَمانِه.

وحُكِيَ عن الفقيه أبي جَعْفَرٍ الهِنْدوانيِّ رحمه الله: أنّه مَنَعَ دُخولَ العَيْنِ في ضَمانِه في المُناظَرةِ حينما (٧) قَدِمَ بُخارَى، وسُئِلَ عن هذِه المسألةِ، وهذا خلافُ إطْلاقِ الكِتابِ؛ فإنّه قال: يَبْرَأُ عن الضَّمانِ والبَراءةُ عن الضَّمانِ بعدَ الدُّخولِ في الضَّمانِ تكونُ.

وكذلك المودِعُ مع المودَعِ إذا اختَلَفا فقال المودَعُ: هَلكتِ الوديعةُ أو [قال] (٨)

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «خالف».
(٦) في المخطوط: «فاستخدمه».
(٧) في المطبوع: «حينَ».
(٨) زيادة من المخطوط.

رَدَدْتُها إليكَ، وقال المالِكُ: [بل] [١] استَهْلَكْتَها، إنْ كان قبلَ الخلافِ فالقولُ قولُ المودَعِ، وإنْ كان بعدَه، فالقولُ قولُ المالِكِ، ونحوِ ذلك مِمّا يَدُلُّ على دُخولِ الوديعةِ في ضَمانِه بالخلافِ، وإنْ خالَفَ في الوديعةِ، ثم عادَ الوِفاقُ، يَبْرَأ عن الضَّمانِ عند عُلَمائنا الثّلاثةِ [٢].

وعند زُفَر، والشافعي: لا يَبْرَأُ عن الضَّمانِ [٣].

وجه قولِهما: أنّ الوديعةَ لَمّا دَخَلَتْ في ضَمانِ المودَعِ بالخلافِ؛ فقد ارتَفَعَ العقدُ، فلا يَعودُ إلاّ بالتّجْديدِ، ولم يوجَدْ؛ فصارَ كما لو جَحَدَ الوديعةَ، ثم أقَرَّ بها، وكذلك المُسْتَعيرُ والمُسْتَأجَرُ إذا خالَفا، ثم عادَا إلى الوِفاقِ، لا يَبْرَآنِ عن الضَّمانِ لِما قُلْنا كذا هذا.

ولنا: أنّه بعدَ الخلافِ مودَعٌ، والمودَعُ إذا هَلكتِ الوديعةُ [في يده] [٤] من غيرِ صُنْعِه لا ضَمانَ عليه، كما قبلَ الخلافِ.

ودَلالةُ أنّه بعدَ الخلافِ مودَعٌ: أنّ المودَعَ مَنْ يَحْفَظُ مالَ غيرِه له بأمرِه، وهو بعدَ الخلافِ والاشْتِغالِ بالحِفْظِ حافِظٌ مالَ المالِكِ له بأمرِه؛ لأنّ الأمرَ تَناوَلَ ما بَعْدَ الخلافِ.

قوله: الوديعةُ دَخَلَتْ في ضَمانِ المودَعِ؛ فيَرْتَفِعُ العقدُ، قُلْنا: معنى الدُّخولِ في ضَمانِ المودَعِ أنّه انعَقَدَ سببُ وُجوبِ الضَّمانِ موقوفًا وُجوبُه على وُجودِ شرطِه، وهو الهَلاكُ في حال الخلافِ، لَكِنّ هذا لم يوجِبِ ارتِفاعَ العقدِ، أليس أنّ مَنْ وكَّلَ إنسانًا يَبيعُ عبدَه بألفَيْ درهَمٍ؛ فباعه بألفٍ، وسَلَّمَه إلى المُشتري يدخل العبدُ في ضَمانِه لانعِقادِ سببِ وُجوبِ الضَّمانِ، وهو تسليمُ مالِ الغيرِ إلى غيرِه (من غيرِ) [٥] إذنِه، ومع ذلك بَقِيَ العقدُ؟ حتى لو أخذه كان له أن يبيعه بألفَيْنِ كذا هذا.

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١١/ ١٤)، رءوس المسائل ص (٣٥٧)، شرح فتح القدير (٨/ ٤٨٩)، الاختيار (٣/ ٢٧)، البناية (٩/ ١٤٣).

(٣) ومذهب الشافعية: أن التعدي باستعمال الوديعة والانتفاع بها كلبس الثوب وركوب الدابة خيانة مضمنة فإن كان هناك عذر فلا ضمان وإن انقادت من غير ركوب فركب ضمن، انظر: الوسيط (٤/ ٥٠٧)، الروضة (٦/ ٣٣٤).

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) في المخطوط: «بغير».

على أنّا إنْ سَلَّمْنا أنّ العقدَ انفسَخَ، لَكِنْ في قدرِ ما فاتَ من حَقِّه [وحُكْمُه] (١): وهو الحِفْظُ المُلْتَزَمُ للمالِكِ في زَمانِ الخلافِ، لا فيما بَقِيَ في المُسْتَقْبَلِ، كما إذا استَحْفَظَه بأجرِ كُلِّ شَهْرٍ، بكذا، فتَرَكَ الحِفْظَ في بعضِ الشَّهْرِ، ثم اشتغَلَ به في الباقي، بَقِيَ العقدُ في الباقي، [حتَّى] (٢) يَسْتَحِقَّ الأُجْرةَ (٣) بقدرِه، والجامِعُ بينهما؛ أنّ الارتِفاعَ لِضرورةِ فواتِ حُكْمِ العقدِ، فلا يَظْهَرُ إلاّ في قدرِ الفائتِ، بخلافِ الإجارةِ، والإعارةِ؛ لأنّ الإجارةَ تمليكُ المَنْفعةِ (٤) وهي تمليكُ مَنافعَ مُقَدَّرةٍ بالمَكانِ أو بالزَّمانِ، فإذا بَلَغَ المَكان المذكورَ: فقد انتَهَى العقدُ؛ لانتِهاءِ (٥) حُكْمِه، فلا يَعودُ إلاّ بالتّجْديدِ.

وكذا الإعارةُ؛ لأنّها تمليكُ المَنْفَعةِ عندَنا، إلاّ أنّها تمليكُ المَنْفَعةِ بغيرِ عِوَضٍ، والإجارةُ تمليكُ المَنْفَعةِ بعِوَضٍ.

وأمّا حُكْمُ عَقدِ الوديعةِ: فلُزومُ الحِفْظِ للمالِكِ مُطْلَقًا أو شَهرًا، وزَمانُ ما بعدَ الخلافِ داخِلٌ في المُطْلَقِ والوقْتِ؛ فلا يَنْقَضي (٦) بالخلافِ، بل يَتَقَرَّرُ، فهو الفرْقُ والله أعلم.

ومنها: جُحودُ الوديعةِ في وجه المالِكِ عند طَلَبه، حتى لو قامَتِ البَيِّنةُ على الإيداعِ، أو نَكَلَ المودَعُ عن اليَمينِ، أو أقَرَّ به، دَخلَتْ في ضَمانِه؛ لأنّ العقدَ [٤/ ٥٩أ] لَمّا ظَهرَ بالحُجّةِ فقد ظَهرَ ارتِفاعُه بالجُحودِ، أو عندَه؛ لأنّ المالِكَ لَمّا طَلَبَ منه الوديعةَ، فقد عَزَلَه عن الحِفْظِ والمودَعُ لَمّا جَحَدَ الوديعةَ حالَ حَضْرةِ المالِكِ، فقد عَزَلَ نفسَه عن الحِفْظِ؛ فانفَسَخَ العقدُ، فبَقِيَ مالُ الغيرِ في يَدِه بغيرِ إذنِه؛ فيكونُ مضمونًا عليه، فإذا هَلك تَقَرَّرَ الضَّمانُ.

ولو جَحَدَ الوديعةَ، ثم أقامَ البَيِّنةَ على هَلاكِها، فهذا لا يخلو من ثلاثةِ أوجُهٍ: إمّا إنْ أقامَ البَيِّنةَ على أنّها هَلكتْ بعدَ الجُحودِ، أو قبلَ الجُحودِ، أو مُطْلَقًا.

فإنْ أقامَ البَيِّنةَ على أنّها هَلكتْ بعدَ الجُحودِ، أو مُطْلَقًا: لا (يَنْتَفِعُ ببَيِّنَتِه) (٧)؛ لأنّ العقدَ ارتَفَعَ بالجُحودِ، أو عندَه؛ فدَخلَتِ العَيْنُ في ضَمانِه، والهَلاكُ بعدَ ذلك يُقَرِّرُ الضَّمانَ، لا أنْ يُسْقِطَه.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «الأجر».
(٤) في المخطوط: «المنافع».
(٥) في المخطوط: «لإنهاء».
(٦) في المخطوط: «ينتهي».
(٧) في المخطوط: «تسمع بينته».

وإنْ أقامَ البيِّنةَ على أنّها هَلكتْ قبلَ الجُحودِ، تُسْمَعُ بيِّنَتُه ولا ضَمانَ عليه؛ لأنّ الهَلاكَ قبلَ الجُحودِ لَمّا ثَبَتَ بالبيِّنةِ؛ فقد ظَهَرَ انتِهاءُ العقدِ قبلَ الجُحودِ، فلا يَرْتَفِعُ (١) بالجُحودِ، فظَهَرَ أنّ الوديعةَ هَلكتْ من غيرِ صُنْعِه، فلا يَضْمَنُ.

ولو ادَّعى الهَلاكَ قبلَ الجُحودِ ولا بيِّنةَ له، وطَلَبَ اليَمينَ من المودِعِ، حَلَّفَه القاضي باللَّه تعالى ما يَعْلَمُ أنّها هَلكتْ قبلَ جُحودِه؛ لأنّه (٢) الأصلُ في [باب] (٣) الاستحلافِ، أنّ الذي يُسْتَحْلَفُ عليه لو كان أمرًا، لو أقرَّ به الحالِفُ لَلَزِمَه، فإذا أنْكَرَ (٤) يُسْتَحْلَفُ وهنا كذلك؛ لأنّ المالِكَ لو أقرَّ بالهَلاكِ قبلَ الجُحودِ لَقُبِلَ منه، ويَسْقُطُ الضَّمانُ عن المودَعِ فإذا أنْكَرَ يُسْتَحْلَفُ، لَكِنْ على العِلْمِ؛ لأنّه يُسْتَحْلَفُ على فعلِ غيرِه والله أعلم.

هذا إذا جَحَدَ حالَ حَضْرةِ المالِكِ، فإنْ جَحَدَ عند غيرِ المالِكِ حالَ غَيْبَتِه قال أبو يوسفَ: لا يَضْمَنُ وقال زُفَرُ - رحمه الله -: يَضْمَنُ في الحالينِ جميعًا.

وجه قولِ زُفَرَ: أنّ ما هو سببُ وُجوبِ الضَّمانِ لا يختَلِفُ بالحضْرةِ والغيبةِ كسائرِ الأسْبابِ.

وجه قولِ أبي يوسفَ أنّ الجُحودَ سببُ الضَّمانِ من حيث إنّه يَرْفَعُ العقدَ بالعَزْلِ على ما بَيَّنّا ولا يَصِحُّ العَزْلُ حالةَ الغَيْبةِ، فلا يَرْتَفِعُ العقدُ؛ ولأنّ الجُحودَ عند غيرِ المالِكِ حالَ غَيْبَتِه مَعْدودٌ من بابِ الحِفْظِ والصّيانةِ عُرْفًا وعادةً؛ لأنّ مَبنَى الإيداعِ على السَّتْرِ، والإخْفاءِ، فكان الجُحودُ عند غيرِ المالِكِ - حالَ غَيْبَتِه - حِفْظًا مَعْنًى، فكيفَ يكونُ سببًا لِوُجوبِ الضَّمانِ؟.

ومنها: الإتْلافُ حَقيقةً أو مَعْنًى وهو إعجازُ المالِكِ عن الانتِفاعِ بالوديعةِ؛ لأنّ إتْلافَ مالِ الغيرِ بغيرِ إذنِه سببٌ لِوُجوبِ الضَّمانِ حتى لو طَلَبَ الوديعةَ، فمَنَعَها المودَعُ مع القُدْرةِ على الدَّفْعِ والتّسْليمِ إليه حتى هَلكتْ، يَضْمَنُ؛ لأنّه لَمّا حَبَسَها عنه، [فقد] (٥) عَجَزَ عن الانتِفاعِ بها للحالِ؛ فدَخَلَتْ في ضَمانِه، فإذا هَلكتْ تَقَرَّرَ العَجْزُ، فيجبُ الضَّمانُ.

---

(١) في المخطوط: «يتصور ارتفاعه».
(٢) في المخطوط: «لأن».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «أنكره».
(٥) زيادة من المخطوط.

ولو أمَرَ غيرَه بالإتْلافِ، وادَّعى أنّه كان بإذنِ المالِكِ، لا يُصَدَّقُ إلاّ ببيِّنةٍ؛ لأنّ الإتْلافَ سببٌ لِوُجوبِ الضَّمانِ في الأصلِ، وقولُه: كان بإذنِ المالِكِ دَعْوَى أمرٍ عارِضٍ، فلا تُقْبَلُ إلاّ بحُجّةٍ [وكذلك المودَعُ إذا خَلَطَ الوديعةَ بمالِه خَلْطًا لا يَتَمَيَّزُ، يَضْمَنْ؛ لأنّه إذا كان لا يَتَمَيَّزُ، فقد عَجَزَ المالِكُ من الانتِفاعِ بالوديعةِ؛ فكان الخلْطُ منه إتْلافًا فيَضْمَنُ، ويَصيرُ مِلْكًا بالضَّمانِ وإنْ مات كان ذلك لِجميعِ الغُرَماءِ، والمودَعُ أُسْوةُ الغُرَماءِ فيه] (١).

ولو اختَلَطَتْ بمالِه بنفسِها من غيرِ صُنْعِه؛ لا يَضْمَنُ وهو شريكٌ لِصاحبِها أمّا عَدَمُ وُجوبِ الضَّمانِ؛ فلانعِدامِ الإتْلافِ منه، بل تَلِفَتْ بنفسِها؛ لانعِدامِ الفعلِ من جِهَتِه؛ وأمّا كونُه شريكًا لِصاحبِها؛ فلِوُجودِ معنى الشَّركةِ؛ وهو اختِلاطُ المِلْكينِ.

ولو أودَعَه رجلانِ، كُلُّ واحدٍ منهما ألفَ درهَم، فخَلَطَ المودَعُ المالينِ خَلْطًا لا يَتَمَيَّزُ؛ فلا سَبيلَ لهما على أخْذِ الدَّراهمِ؛ يَضْمَنُ المودَعُ لِكُلِّ واحدٍ منهما ألفًا ويكونُ المَخْلوطُ له وهذا قولُ أبي حنيفةَ.

وقال ابو يوسف ومحمد: هما بالخيارِ إنْ شاءا اقْتَسَما المَخْلوطَ نصفَيْنِ، وإنْ شاءا ضَمَّنا المودَعَ ألفَيْنِ.

وعلى هذا الخلافِ سائرُ المَكيلاتِ والموزوناتِ، إذا خُلِطَ الجنسُ بالجنسِ خَلْطًا لا يَتَمَيَّزُ، كالحِنْطةِ بالحِنْطةِ، والشَّعيرِ بالشَّعيرِ، والدُّهْنِ بالدُّهْنِ.

وجه قولِهما أنّ الوديعةَ قائمةٌ بعَيْنِها، لَكِنْ عَجَزَ المالِكُ عن الوُصولِ إليها بعارِضِ الخلْطِ، فإنْ شاءا اقْتَسَما؛ لاعتِبارِ جِهةِ القيامِ، وإنْ شاءا ضَمَّنا، لاعتِبارِ جِهةِ العَجْزِ وجه قولِ أبي حنيفةَ - رحمه الله - أنّه لَمّا خَلَطَهما خَلْطًا لا يَتَمَيَّزُ، فقد عَجَزَ كُلُّ واحدٍ منهما عن الانتِفاعِ بالمَخْلوطِ؛ فكان الخلْطُ منه إتْلافَ الوديعةِ على (٢) كُلِّ واحدٍ منهما؛ فيَضْمَنُ؛ ولِهذا يَثْبُتُ اختيارُ التَّضْمينِ عندَهما واختيارُ التَّضْمينِ لا يَثْبُتُ إلاّ بوُجودِ الإتْلافِ، دَلَّ أنّ الخلْطَ منه وقَعَ إتْلافًا.

ولو أوْدَعَه رجلٌ حِنْطةً، وآخَرُ شَعيرًا، فخَلَطَهما، فهو ضامِنٌ لِكُلِّ واحدٍ منهما مثلَ حَقِّه عند أبي حنيفةَ؛ لأنّ الخلْطَ إتْلافٌ؛ وعندَهما لهما أنْ يَأخُذا العَيْنَ، ويَبيعاها،

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المطبوع: «عن».

ويَقْتَسِما الثَّمَنَ على قيمةِ الحِنْطةِ مَخْلوطة بالشَّعيرِ، وعلى قيمةِ الشَّعيرِ غيرِ مَخْلوطٍ بالحِنْطةِ؛ لأنّ قيمةَ الحِنْطةِ تَنْقُصُ بالخَلْطِ بالشَّعيرِ؛ وهو [٤/ ٥٩ب] يَسْتَحِقُّ الثّمَنَ لِقيامِ الحقِّ في العَيْنِ وهو مُسْتَحِقُّ العَيْنِ، بخلافِ قيمةِ الشَّعيرِ؛ لأنّ قيمةَ الشَّعيرِ تَزْدادُ بالخلْطِ بالحِنْطةِ، وتلك الزّيادةُ مِلْكُ الغيرِ، فلا يَسْتَحِقُّها صاحبُ الشَّعيرِ ولو أنْفَقَ المودَعُ بعضَ الوديعةِ؛ يضمن قدرَ ما أنْفَقَ، ولا يَضْمَنُ الباقيَ؛ لأنّه لم يوجَدْ منه إلاّ إتْلافُ قدرِ ما أنْفَقَ؛ ولو رَدَّ مثلَه فخَلَطَه بالباقي يَضْمَنُ الكُلَّ؛ لِوُجودِ إتْلافِ الكُلِّ منه: النِّصْفُ بالإتْلافِ، والنِّصْفُ الباقي بالخلْطِ؛ لِكَوْنِ الخلْطِ إتْلافًا على [ما] (١) بَيَّنّا.

ولو أخذ بعضَ دراهمِ الوديعةِ؛ لِيُنْفِقَها فلم يُنْفِقْها، ثم رَدَّها إلى موضِعِها بعدَ أيّامٍ؛ فضاعَتْ لا ضَمانَ عليه عندَنا (٢).

وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - يَضْمَنُ (٣).

وجه قولِه، أنّ الأخذ حصل على وجه التّعَدّي؛ فيَضْمَنُ كما لو انتَفَعَ بها.

(ولَنا) أنّ نفسَ الأخْذِ ليس بإتْلافٍ، ونيّةُ الإتْلافِ ليستْ (٤) بإتْلافٍ؛ فلا توجِبُ الضَّمانَ والأصلُ فيه ما رُوِيَ عن رَسُولِ الله ﷺ أنّه قال: «إنّ الله تبارك وتعالى- عَزَّ شأنُه- عَفا عن أُمّتِي ما حَدَّثَت به أنفسَها ما لم يَتَكلّمُوا أو يَفعَلُوا» (٥)، ظاهرُ الحديثِ: يَقْتَضي أنْ يكونَ ما حَدَّثَتْ به النّفْسُ عَفْوًا على العُمومِ، إلاّ ما خُصَّ بدَليلٍ.

وعلى هذا الخلافِ إذا أودَعَه كيسًا مسدودًا؛ فحَلَّه المُسْتَوْدَعُ، أو صُنْدوقًا مُقْفَلاً، ففَتَحَ القُفْلَ ولم يَأْخُذْ منه شيئًا، حتى ضاعَ ولو مات المودَعُ فإنْ كانت الوديعةُ قائمةً بعَيْنِها تُرَدُّ (على صاحبِها) (٦)؛ لأنّ هذا عَيْنُ مالِه، ومَنْ وجَدَ عَيْنَ مالِه؛ فهو أحَقُّ به على لِسانِ

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١١/ ١٢١).
(٣) وفي بيان مذهب الشافعية: أنه إذا استودع دنانير أو دراهم ثم أنفقها أو أتلفها ثم رد مثلها إلى مكانه من الوديعة يضمن على كل حال بنفس إخراجه لتعديه ولا يسقط عنه الضمان، سواء رده بعينه إلى حرزه أو ردَّ مثله. انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص (٣٢٦).
(٤) في المخطوط: «ليس».
(٥) أخرجه البخاري، كتاب: الطلاق، باب: الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون، برقم (٥٢٦٩)، ومسلم، كتاب: الإيمان، باب: تجاوز الله عن حديث النفس والخواطر بالقلب، برقم (١٢٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٦) في المخطوط: «عليه».

رَسولِ الله ﷺ وإنْ كانت لا تُعْرَفُ بعَيْنِها، فهي دَيْنٌ في تَرِكَة الميت يُحاصُّ الغُرَماءَ؛ لأنه لَمّا مات مُجْهِلاً للوَديعةِ، فقد أتْلَفَها معنى، لِخُروجِها من أنْ يكونَ مُنْتَفِعًا بها في حَقِّ المالِكِ بالتَّجْهيلِ، وهو تفسيرُ الإتْلافِ.

ولو قالتِ[1] الورَثةُ: إنّها هَلكتْ أو رُدَّتْ على المالِكِ لا يُصَدَّقونَ على ذلك؛ لأنّ الموتَ مُجْهَلاً سببٌ لِوُجوبِ الضَّمانِ؛ لِكَوْنِه إتْلافًا، فكان دَعْوَى الهَلاكِ والرَّدِّ دَعْوَى أمرٍ عارِضٍ فلا يُقْبَلُ إلاّ بحُجّةٍ، ويُحاصُّ المودَعُ الغُرَماءَ؛ لأنّه دَيْنُ الاستِهْلاكِ على ما ذَكَرْنا؛ فيُساوي دَيْنَ الصِّحّةِ واللّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

* * *

(١) في المخطوط: «قال».

كتاب العارية



كتاب العارية

الكَلامُ في هذا الكِتابِ يَقَعُ في مَواضِعَ:

في بيانِ رُكْنِ العاريّةِ.

وفي بيانِ شَرائطِ الرُّكْنِ.

وفي بيانِ حُكْمِ العقدِ (١).

وفي بيانِ ما يَمْلِكه المُسْتَعيرُ من التّصَرُّفِ في المُسْتَعارِ وما لا يَمْلِكُه.

[وفي بيانِ صِفةِ الحُكْمِ] (٢).

وفي بيانِ حالِ المُسْتَعارِ.

وفي بيانِ ما يوجِبُ تَغَيُّرَ حالِه.

أمّا رُكْنُها (٣): فهو الإيجابُ من المُعيرِ، وأمّا القَبولُ من المُسْتَعيرِ فليس برُكْنٍ عند أصحابِنا الثّلاثةِ استحسانًا.

والقياسُ: أنْ يكونَ رُكْنًا وهو قولُ زُفَرَ، كما في الهبةِ، حتى إنّ مَنْ حَلَفَ لا يُعيرُ فُلانًا فأعارَه ولم يَقْبل يَحْنَثُ كما إذا حَلَفَ لا يَهَبُ فُلانًا شيئًا فوَهَبَه ولم يَقْبل، وهي مسألةُ كِتابِ الهبةِ.

والإيجابُ هو أن يقولَ: أعَرْتُك هذا الشّيءَ، أو مَنَحْتُك هذا الثّوْبَ أو هذِه الدّارَ، أو أطْعَمْتُك هذِه الأرضَ أو هذِه الأرضُ لَك طُعْمةً، أو أخْدَمْتُك هذا العبدَ أو هذا العبدُ لَك خِدْمةً، أو حَمَلْتُك (٤) على هذِه الدّابّةِ إذا لم يَنْوِ به الهبةَ أو داري سُكْنَى أو داري لك عُمْرَى سُكْنَى.

أمّا لَفْظُ (٥) الإعارةِ: فصَريحٌ في بابِها وأمّا المنحةُ فهي اسمٌ للعَطيّةِ التي يَنْتَفِعُ الإنسانُ بها زَمانًا ثم يَرُدُّها على صاحبِها، وهو معنى العاريّةِ.

---

(١) في المخطوط: «العارية».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «ركن العارية».
(٤) في المخطوط: «حملك».
(٥) في المخطوط: «لفظة».

قال النّبِيُّ ﷺ: «المنحةُ مَرْدُودةٌ ومنحةُ الأرضِ زِراعَتُها»[١] قال النّبِيُّ ﷺ: «ازْرَعْها أو امنَحْها أخاك»[٢] وكذا[٣] الإطْعامُ المُضافُ إلى الأرضِ، هو إطْعامُ مَنافِعِها التي تَحْصُلُ منها[٤] بالزِّراعةِ من غيرِ عِوَضٍ عُرْفًا وعادةً، وهو معنى العارِيّةِ.

وأمّا إخْدامُ العبدِ إيّاه فجعل خِدْمَتَه له بغيرِ عِوَضٍ، وهو تفسيرُ العارِيّةِ، وكذا قولُه: داري لَك سُكْنَى أو عُمْري سُكْنَى، هو جَعْلُ سُكْنَى الدّارِ له من غيرِ عِوَضٍ، وسُكْنَى الدّارِ مَنْفَعَتُها المَطْلوبةُ منها عادةً، فقد[٥] أتَى بمعنى الإعارةِ.

وأما قولُه: حَمَلْتُك على هذِه الدّابّةِ، فإنّه يحتملُ الإعارةَ والهبةَ، فأيُّ ذلك نَوَى فهو على ما نَوَى؛ لأنّه نَوَى ما يُحْتَمَلُ[٦] لَفظُه، وعند الإطْلاقِ يَنْصَرِفُ إلى العارِيّةِ؛ لأنّها أدْنَى فكان الحمْلُ عليها أولى ولو قال: داري لَك رُقْبَى أو حَبْسٌ[٧]، فهو عارِيّةٌ عند أبي حنيفة ومحمّدٍ، (وعند أبي)[٨] يوسفَ هبةٌ، وقولُه رُقْبَى أو حَبْسٌ[٩] باطِلٌ وهي مسألةُ كِتابِ الهبةِ.

فصل [في شرائط الركن]

وَأمّا الشّرائطُ التي يَصيرُ الرُّكْنُ بها إعارةً شرعًا فأنواعٌ:

منها: العَقْلُ، فلا تَصِحُّ الإعارةُ من المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يَعْقِلُ.

وأما[١٠] البلوغُ: فليس بشرطٍ عندَنا، حتى تَصِحَّ[١١] الإعارةُ من الصّبيِّ المَأذونِ؛ لأنّها من تَوابِعِ التِّجارةِ، وأنّه يَمْلِكُ التِّجارةَ فيَمْلِكُ ما هو من تَوابِعِها.

وعند الشّافعيِّ لا يَمْلِكُ، وهي مسألةُ كِتابِ المَأذونِ.

---

(١) أورده الهيثمي في المجمع (٤/ ٨٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. وقال: رواه البزار وفيه محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني وهو ضعيف جدًا.

(٢) ضعيف: أخرجه النسائي، كتاب: الأيمان والنذور، باب: ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض، برقم (٣٨٦٢) من حديث أسيد بن ظهير رضي الله عنه، انظر ضعيف سنن النسائي للألباني.

(٣) في المخطوط: «وهذا».

(٤) في المخطوط: «فيها».

(٥) في المخطوط: «فهو».

(٦) في المخطوط: «يحتمله».

(٧) في المخطوط: «حبيس».

(٨) في المخطوط: «وقال أبو».

(٩) في المخطوط: «حبيس».

(١٠) في المخطوط: «فأما».

(١١) في المخطوط: «لا تصح».

وكذا الحُرّيّةُ ليستْ بشرطٍ فيَمْلِكُها العبدُ المَأذونُ؛ لأنّها من تَوابِعِ التِّجارةِ فيَمْلِكُ بمِلْكِ ذلك [١].

ومنها: القبضُ من المُسْتَعيرِ؛ لأنّ الإعارةَ عقدُ تبرُّعٍ، فلا يُفيدُ الحُكْمَ بنفسِه بدونِ القبضِ كالهبةِ.

ومنها أنْ يكونَ المُسْتَعارُ مِمّا يُمْكِنُ الانتِفاعُ بدونِ استِهْلاكِه، فإنْ لم يَكُنْ لا تَصِحُّ إعارَتُه؛ لأنّ حُكْمَ العقدِ ثَبَتَ في المَنْفَعةِ لا في العَيْنِ، إلاّ إذا كانت مُلْحَقةً بالمَنْفَعةِ على ما نَذْكُرُ[ه في موضِعِه] [٢].

فصل [في حكم العقد]

وَأمّا بيانُ حُكْمِ العقدِ فالكَلامُ فيه في موضِعَيْنِ:

أحدُهما: في بيانِ أصلِ الحُكْمِ.

والثاني: في بيانِ صِفَتِه [٣].

أمّا الأوّلُ: فهو مِلْكُ المَنْفَعةِ للمُسْتَعيرِ بغيرِ عِوَضٍ، أو ما هو مُلْحَقٌ بالمَنْفَعةِ عُرْفًا وعادةً عندَنا، وعند الشّافعيِّ إباحةُ المَنْفَعةِ حتى يَمْلِكَ المُسْتَعيرُ الإعارةَ، عندَنا في الجُمْلةِ كالمُسْتَأجِرِ يَمْلِكُ الإجارةَ [٤]، وعندَه لا يَمْلِكُها [٥] أصلاً، كالمُباح له الطَّعامُ لا يَمْلِكُ الإباحةَ من غيرِه.

وجه قولِ الشّافعيِّ دَلالةُ الإجماعِ والمَعْقولِ:

أمّا (الإجماعُ: فلِجوازِ) [٦] العقدِ من غيرِ أجَلٍ، ولو كان تمليكُ المَنْفَعةِ لَما جازَ من غيرِ أجَلٍ كالإجارةِ، وكذا المُسْتَعيرُ لا يَمْلِكُ أنْ يُؤَجِّرَ [٧] العاريّةَ، ولو ثَبَتَ المِلْكُ له في المَنْفَعةِ لِمِلْكِ كالمُسْتَأجِرِ.

وأمّا المَعْقولُ: فهو أنّ القياسَ يَأبَى تمليكَ المَنْفَعةِ؛ لأنّ بيعَ المَعْدومِ لانعِدامِ المَنْفَعةِ

---

(١) في المخطوط: «التجارة».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «وصفه».

(٤) انظر في مذهب الأحناف: الهداية (٣/ ١٢٤٩).

(٥) في المخطوط: «يملك الإعارة».

(٦) في المخطوط: «الأول فإنا أجمعنا على جواز».

(٧) في المخطوط: «يؤاجر».

حالةَ العقدِ، والمَعْدومُ لا يحتملُ البيعَ؛ لأنّه [١] بيعُ ما ليس عند الإنسانِ، وقد نَهى رَسولُ الله ﷺ عنه، إلاّ أنّها جُعِلَتْ موجودةً عند العقدِ في بابِ الإجارةِ حُكْمًا لِلضَّرورةِ، ولا ضرورةَ إلى الإعارةِ، فبَقيَتِ المَنافعُ فيها على أصلِ العَدَمِ.

ولَنا: أنّ المُعيرَ سَلَّطَه على تَحْصيلِ المَنافعِ وصَرْفِها إلى نفسِه على وجهٍ زالَتْ يَدُه عنها، والتّسْليطُ على هذا الوجه يكونُ تمليكًا لا إباحةً كما في الأعيانِ، وإنّما صَحَّ من غيرِ أجَلٍ؛ لأنّ بيانَ الأجَلِ لِلتَّحرُّزِ عن الجهالةِ المُفْضيةِ إلى المُنازَعةِ، والجهالةُ في بابِ العاريّةِ لا تُفْضي إلى المُنازَعةِ؛ لأنّها عقدٌ جائزٌ غيرُ لازمٍ، ولِهذا المعنى لا يَمْلِكُ الإجارةَ؛ لأنّها عقدٌ لازمٌ والإعارةُ عقدٌ غيرُ لازمٍ، فلو مَلكَ الإجارةَ لَكان فيه إثْباتُ صِفةِ اللُّزومِ بما ليس بلازمٍ، أو سَلْبُ صِفةِ اللُّزومِ عن اللاّزمِ، وكُلُّ ذلك باطِلٌ.

وقوله [٢]: المَنافعُ مُنْعَدِمةٌ عند العقدِ [قُلْنا] [٣]: نَعَمْ [٤]، لَكِنّ هذا لا يَمْنَعُ جوازَ العقدِ كما في الإجارةِ، وهذا؛ لأنّ العقدَ الوارِدَ على المَنْفَعةِ عندَنا عقدٌ مُضافٌ إلى حينِ وُجودِ المَنْفَعةِ، فلا يَنْعَقِدُ في حَقِّ الحُكْمِ إلاّ عند وُجودِ المَنْفَعةِ شيئًا فشيئًا على حَسَبِ حُدوثِها، فلم يَكُنْ بيعُ المَعْدومِ ولا بيعُ ما ليس عند الإنسانِ.

وعلى هذا تَخْرُجُ إعارةُ الدَّراهمِ والدَّنانيرِ أنّها تكونُ قَرْضًا لا إعارةً؛ لأنّ الإعارةَ لَمّا كانت تمليكَ المَنْفَعةِ أو إباحةَ المَنْفَعةِ على اختِلافِ الأصلينِ، ولا يُمْكِنُ الانتِفاعُ [بها] [٥] إلاّ باستِهْلاكِها، ولا سَبيلَ إلى ذلك إلاّ بالتّصرُّفِ في العَيْنِ لا في المَنْفَعةِ، ولا يُمْكِنُ - تَصْحيحًا - إعارةٌ حَقيقيّةٌ، فتُصَحَّحُ قَرْضًا مَجازًا لِوُجودِ معنى الإعارةِ فيه، حتى لو استَعارَ حُليًّا لِيَتَجَمَّلَ به صَحَّ؛ لأنّه يُمْكِنُ الانتِفاعُ به [٦] من غيرِ استِهْلاكٍ بالتّجَمُّلِ، فأمكَنَ العملُ بالحقيقةِ، فلا ضرورةَ إلى الحمْلِ على المَجازِ، وكذا إعارةُ كُلِّ ما لا يُمْكِنُ الانتِفاعُ به إلاّ باستِهْلاكِه كالمَكيلاتِ [٧] والموزوناتِ، يكونُ قَرْضًا لا إعارةً؛ لِما ذَكَرْنا أنّ مَحَلَّ حُكْمِ الإعارةِ المَنْفَعةُ لا العَيْنِ، إلاّ إذا كان مُلْحَقًا بالمَنْفَعةِ عُرْفًا وعادةً، كما إذا مَنَحَ إنسانًا شاةً أو ناقةً لِيَنْتَفِعَ بلَبَنِها ووَبَرِها مُدّةً ثم يَرُدَّها على صاحبِها؛ لأنّ ذلك مَعْدودٌ

---

(١) في المخطوط: «ولأنه».
(٢) في المخطوط: «فأما قوله».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «فنعم».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «بالحلي».
(٧) في المخطوط: «من المكيلات».

من المَنافعِ عُرْفًا وعادةً، فكان له حُكْمُ المَنْفَعةِ، وقد رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «هَلْ من أحدٍ يَمْنَحُ من إبلِه ناقةَ أهلِ بَيْتٍ لا دَرَّ لهم» [١] وهذا [٢] يجْري مجرَى التّرْغيبِ [٣]، كمَنْ [٤] مَنَحَ منحةَ ورِقٍ أو منحةَ لُبْسٍ [٥] كان له بعِدْلِ رَقَبةٍ.

وكذا لو مَنَحَ جَدْيًا أو عَناقًا كان عاريّةً؛ لأنّه يَعْرِضُ أنْ يَنْتَفِعَ بلَبَنِه وصوفِه [٦] ويتّصِلُ بهذا الفصلِ بيانُ ما يَمْلِكُه المُسْتعيرُ من التّصرُّفِ في المُسْتَعارِ وما لا يَمْلِكُه فنقولُ وباللّه التّوْفيقُ:

جُمْلةُ الكلامِ فيه: أنّ عقدَ الإعارةِ لا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ: إمّا أنْ كان مُطْلَقًا، وإمّا أنْ كان مُقَيَّدًا، فإنْ كان مُطْلَقًا بأنْ أعارَ دابّتَه إنسانًا ولم يُسَمِّ مَكانًا ولا زَمانًا ولا الرُّكوبَ ولا الحمْلَ، فلَه أنْ يَسْتَعْمِلَها في أيِّ مَكان وزَمانٍ شاء وله أنْ يَرْكَبَ أو يَحْمِلَ؛ لأنّ الأصلَ في المُطْلَقِ أنْ يجْريَ على إطْلاقِه، وقد مَلَّكَه مَنافعَ العاريّةِ مُطْلَقًا، فكان له أنْ يَسْتَوْفيَها على الوجه الذي مَلكها، إلاّ أنّه لا يَحْمِلُ عليها ما يَعْلَمُ أنّ مثلَها لا يُطيقُ بمثلِ هذا [٤/ ٦٠ب] الحمْلِ، ولا يَسْتَعْمِلُها ليلاً ونَهارًا ما لا يَسْتَعْمِلُ مثلَها من الدَّوابِّ [لِذلك] [٧] عادةً، حتى لو فعَلَ فعَطِبَتْ يَضْمَنُ؛ لأنّ العقدَ وإنْ خرَجَ مَخرَجَ الإطْلاقِ، لَكِنّ المُطْلَقَ يَتَقَيَّدُ بالعُرْفِ والعادةِ دَلالةً، كما يَتَقَيَّدُ [بالتقييد] [٨] نَصًّا، وله أنْ يُعيرَ العاريّةَ عندَنا سَواءٌ كانت العاريّةُ مِمّا يَتَفاوَتُ في استيفاءِ المَنْفَعةِ أو لا؛ لأنّ إطْلاقَ العقدِ يَقْتَضي ثُبوتَ المِلْكِ للمُسْتَعيرِ، فكان هو في التّمليكِ من غيرِه على الوجه الذي مَلكه مُتَصَرِّفًا في مِلْكِ نفسِه، إلاّ [٩] أنّه لا يَمْلِكُ الإجارةَ لِما قُلْنا.

فإنْ آجَرَ وسَلَّمَ إلى المُسْتَأجِرِ ضَمن؛ لأنّه دَفَعَ مالَ الغيرِ إليه بغيرِ إذنِه فصارَ غاصِبًا، فإنْ شاء ضَمنه وإنْ شاء ضَمن المُسْتَأجِرُ؛ لأنّه قَبَضَ مالَ الغيرِ بغيرِ إذنِه كالمُشتري من الغاصِبِ، إلاّ أنّه إذا ضَمن المُسْتَعيرُ لا يرجعُ بالضّمانِ على المُسْتَأجِرِ؛ لأنّه مَلكه بأداءِ الضّمانِ فتَبَيَّنَ أنّه آجَرَ مِلْكَ نفسِه.

---

(١) أخرجه ابن المبارك في الزهد (١/ ٢٦٩)، برقم (٧٧٩).
(٢) في المخطوط: «وقد».
(٣) في المخطوط: «الرغيب».
(٤) في المخطوط: «من».
(٥) في المخطوط: «لبن».
(٦) في المخطوط: «وشعره».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) زيادة من المخطوط.
(٩) في المخطوط: «غير».

وإنْ ضَمن المُسْتأجِرُ، فإنْ كان عالِمًا بكَوْنِها عاريَةً في يَدِه لا يرجعُ على المُسْتَعيرِ وإنْ لم يَكُنْ عالِمًا بذلك يرجعُ عليه؛ لأنّه إذا لم يَعْلم به فقد صارَ مَغْرورًا من جِهةِ المُسْتَعيرِ فيرجعُ عليه بضَمانِ الغُرورِ، وهو ضَمانُ الكَفالةِ في الحقيقةِ وإذا كان عالِمًا لم يَصِرْ مَغْرورًا من جِهَتِه فلا يرجعُ عليه.

وهَلْ يَمْلِكُ الإيداعَ؟ اختَلَفَ المَشايِخُ فيه قال مَشايِخُ العِراقِ: يَمْلِكُ، وهو قولُ بعضِ مَشايِخِنا؛ لأنّه يَمْلِكُ الإعارةَ فالإيداعُ أولى؛ لأنّها دونَ الإعارةِ.

وقال بعضُهم: لا يَمْلِكُ استِدْلالاً بمسألةٍ مذكورةٍ في الجامِعِ الصَّغيرِ، وهي أنّ المُسْتَعيرَ إذا رَدَّ العاريّةَ على يَدِ أجنَبيٍّ ضَمن، ومَعْلومٌ أنّ الرَّدَّ على يَدِه إيداعُ إيّاه، ولو مَلك الإيداعَ لَما ضَمن وإنْ كان مُقيَّدًا، فيُراعَى فيه القَيْدُ ما أمكَنَ؛ لأنّ أصلَ [١] اعتِبارِ تَصَرُّفِ العاقِلِ على الوجه الذي تَصَرَّفَ، إلاّ إذا لم يَكُنِ اعتِبارُه لِعَدَمِ [٢] الفائدةِ ونحوِ ذلك، فلَغا الوصْفَ؛ لأنّ ذلك يجْري مجرَى العَبَثِ، ثم إنّما يُراعَى القَيْدُ فيما دَخلَ لا فيما لم يدخلْ؛ لأنّ المُطْلَقَ إذا قُيِّدَ ببعضِ الأوصافِ يَبْقَى [٣] مُطْلَقًا فيما وراءَه، فيُراعَى عند [٤] الإطْلاقِ فيما وراءَه.

بيانُ هذِه الجُمْلةِ في مَسائلَ [فافهم] [٥]: إذا أعارَ إنسانًا دابّةً على أنْ يَرْكَبَها المُسْتَعيرُ بنفسِه ليس له أنْ يُعيرَها من غيرِه، وكذلك إذا أعارَه ثوبًا على أنْ يَلْبَسَه بنفسِه، لِما ذَكَرْنا أنّ الأصلَ في المُقَيَّدِ اعتِبارُ القَيْدِ فيه إلاّ إذا تَعَذَّرَ اعتِبارُه، واعتِبارُ [٦] هذا القَيْدِ مُمْكِنٌ؛ لأنّه مُقيَّدٌ لِتَفاوُتِ النّاس في استِعْمالِ الدَّوابِّ والثّيابِ رُكوبًا ولُبْسًا، فلَزِمَ اعتِبارُ القَيْدِ فيه، فإنْ فعَلَ حتى هَلك ضَمن [٧] لأنّه خالَفَ، وإنْ رَكِبَ بنفسِه وأردَفَ غيرَه فعَطِبَتْ فإنْ كانت الدّابّةُ؛ مِمّا تُطيقُ حَمْلَهما جميعًا يَضْمَنُ نصفَ قيمةِ الدّابّةِ لأنّه لم يُخالفْ إلاّ في قدرِ النِّصْفِ، وإنْ كانت الدّابّةُ مِمّا لا تُطيقُ حَمْلَهما ضَمن [٨] جميعَ قيمَتِها؛ لأنّه استَهْلكها.

---

(١) في المخطوط: «الأصل».
(٢) في المخطوط: «لانعدام».
(٣) في المخطوط: «بقى».
(٤) في المخطوط: «صفة».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «فاعتبار».
(٧) في المخطوط: «يضمن».
(٨) في المخطوط: «جميعًا يضمن».

ولو أعارَه [(١)] دارًا ليَسْكُنَها بنفسِه [(٢)]، فلَه أنْ يُسْكِنَها غيرَه؛ لأنّ المملوكَ بالعقدِ السُّكْنَى، والنّاسُ لا يَتفاوَتونَ فيه عادةً فلم يَكُنِ التّقْييدُ بسُكْناه مُفيدًا فيَلْغو، إلاّ إذا كان الذي يُسْكِنُها إيّاه حَدّادًا أو قَصّارًا ونحوَهما مِمَّنْ يوهِنُ عمله البِناء، فليس له أنْ يُسْكِنَها إيّاه، ولا أنْ يعملَ بنفسِه ذلك؛ لأنّ المُعيرَ لا يَرْضَى به عادةً، والمُطْلَقُ يَتَقَيَّدُ بالعُرْفِ والعادةِ كما في الإجارةِ.

ولو أعارَه دابّةً على أنْ يَحْمِلَ عليها عَشَرةَ مَخاتيمَ شَعيرٍ، فليس له أنْ يَحْمِلَ عليها عَشَرةَ مَخاتيمَ حِنطةٍ؛ لأنّ الحِنْطةَ أثقلُ من الشَّعيرِ، فكان اعتِبارُ القَيْدِ مُفيدًا فيُعْتَبَرُ، ولو أعارَها على أنْ يَحْمِلَ عليها عَشَرةَ مَخاتيمَ حِنطةٍ، فلَه [(٣)] أنْ يَحْمِلَ عليها عَشَرةَ مَخاتيمَ شَعيرًا أو دُخنًا أو أُرْزًا أو غيرَ ذلك مِمّا يكونُ مثلَ الحِنْطةِ أو أخفَّ منها استحسانًا والقياسُ أنْ لا يكونَ له ذلك، حتى إنّها لو عَطِبَتْ لا يَضْمَنُ استحسانًا، والقياسُ أنْ يَضْمَنَ وهو قولُ زُفَرَ؛ لأنّه خالَفَ.

وجوابُ الاستحسانِ: أنّ هذا وإنْ كان خلافًا صورةً فليس بخلافٍ مَعْنًى؛ لأنّ المالِكَ يكونُ راضيًا به دَلالةً فلم يَكُنِ التّقْييدُ بالحِنطةِ مُفيدًا، وصارَ كما لو شَرَطَ عليه [أنْ يَحْمِلَ عليها] [(٤)] عَشَرةَ مَخاتيمَ من حِنْطةِ نفسِه فحَمَلَ عليها عَشَرةَ مَخاتيمَ من حِنْطةِ غيرِه، فإنّه لا يكونُ مُخالفًا حتى لا يَضْمَنَ، كذا هذا.

ولو قال: على أنْ يَحْمِلَ عليها عَشَرةَ مَخاتيمَ حِنطةً [ليس] [(٥)] له أنْ يَحْمِلَ عليها حَطَبًا أو تِبنًا أو آجُرًّا أو حَديدًا أو حِجارةً سَواءٌ كان مثلَها في الوزنِ أو أخفَّ؛ لأنّ ذلك أشَقُّ على الدّابّةِ أو أنْكَى لِظَهْرِها أو أعقَرَ، ولو فعَلَ حتى عَطِبَتْ ضَمن.

ولو قال: على أنْ يَحْمِلَ عليها مِائةً من قُطْنٍ فحَمَلَ [٤/ ٦١أ] عليها (مثلَه من الحديدِ وزنًا) [(٦)] فعَطِبَتْ يَضْمَنُ؛ لأنّ القُطْنَ يَنْبَسِطُ على ظَهْرِ الدّابّةِ، فكان ضرره أقلَّ (من الحديدِ؛ لأنّه) [(٧)] يكونُ في موضِعٍ واحدٍ، فكان ضرره بالدّابّةِ أكثرَ والرِّضا بأدْنَى

---

(١) في المطبوع: «أعار».
(٢) في المخطوط: «المستعير».
(٣) في المخطوط: «له».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «مثل وزنه حديدًا».
(٧) في المخطوط: «والحديد».

الضَّرَرَيْنِ لا يكونُ رِضًا بأعلاهما، فكان التَّقْييدُ [١] مُفيدًا فيَلْزَمُ [٢] اعتِبارُه.

ولو قال: على أنْ يَحْمِلَ عليها عَشَرةَ مَخاتيمَ حِنْطةً فحَمَلَ عليها من الحِنْطةِ زيادةً على المُسَمَّى في القدرِ فعَطِبَتْ نُظِرَ في ذلك، فإنْ كانت الزِّيادةُ مِمّا لا تُطيقُ الدّابّةُ حَمْلَها، يَضْمَنُ جميعَ قيمَتِها؛ لأنّ حَمْلَ ما لا تُطيقُ الدّابّةُ إتْلافٌ لِلدّابّةِ [٣]، وإنْ كانت الدّابّةُ مِمّا تُطيقُ حَمْلَها يَضْمَنُ من قيمَتِها قدرَ الزِّيادةِ، حتى لو قال: على أنْ يَحْمِلَ عليها عَشَرةَ مَخاتيمَ حِنْطةً فحَمَلَ عليها أحدَ عَشَرَ مَخْتومًا فعَطِبَتْ يَضْمَنُ [به] [٤] جُزْءًا من أحدَ عَشَرَ جُزْءًا من قيمَتِها؛ لأنّه لم يُتْلِفْ [منها] [٥] إلاّ هذا القدرَ، ولو قَيَّدَها بالمَكانِ، بأنْ قال: على أنْ تستَعْمِلَها [٦] في مَكانِ كذا في المِصْرِ يَتَقَيَّدُ به، وله أنْ يَسْتَعْمِلَها في أيِّ وقتٍ شاء بأيِّ شيءٍ شاء؛ لأنّ التَّقْييدَ لم [٧] يوجَدْ إلاّ بالمَكانِ فبَقِيَ [٨] مُطْلَقًا فيما وراءَه، لَكِنّه لا يَمْلِكُ أنْ يُجاوِزَ ذلك المَكان، حتى لو جاوَزَه دَخَلَ في ضَمانِه، ولو أعادَها إلى المَكانِ المَأذونِ لا يَبْرَأُ عن الضَّمانِ، حتى لو هَلَكتْ من قبلِ التَّسْليمِ إلى المالِكِ يَضْمَنُ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ - عليه الرَّحْمةُ - الآخَرُ، وكان يقولُ أوّلاً: يَبْرَأُ عن الضَّمانِ كالمودِعِ إذا خالَفَ ثم عادَ إلى الوِفاقِ ثم رجع.

ووجه الفرْقِ بين العاريّةِ الوديعةِ قد ذَكَرْناه في كِتابِ الوديعةِ، وكذلك لو قَيَّدَها بالزَّمانِ بأنْ قال: على أنْ يَسْتَعْمِلَها يومًا يَبْقَى مُطْلَقًا فيما وراءَه، لَكِنّه [٩] يَتَقَيَّدُ بالزَّمانِ، حتى لو مَضَى اليومُ ولم يَرُدَّها على [١٠] المالِكِ حتى هَلَكتْ يَضْمَنُ، لِما قُلْنا وكذلك لو قَيَّدَها بالحمْلِ.

وكذلك لو قَيَّدَها بالاستِعْمالِ، بأنْ قال: على أنْ يَسْتَعْمِلَها حتى لو أمسَكَها ولم يَسْتَعْمِلْها حتى هَلَكتْ يَضْمَنُ؛ لأنّ الإمساكَ منه خلافٌ فيوجِبُ الضَّمانَ، ولو اختَلَفَ المُعيرُ أو المُسْتَعيرُ في الأيّامِ أو المَكانِ أو فيما يُحْمَلُ عليها، فالقولُ قولُ المُعيرِ؛ لأنّ المُسْتَعيرَ يَسْتَفيدُ مِلْكَ الانتِفاعِ من المُعيرِ، فكان القولُ في المقدارِ والتَّعْيينِ قوله، لَكِنْ مع اليَمينِ دَفْعًا لِلتُّهْمةِ والله أعلم.

---

(١) في المخطوط: «القيد».
(٢) في المخطوط: «فلزم».
(٣) في المخطوط: «الدابة».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «يستعملها».
(٧) في المخطوط: «لا».
(٨) في المخطوط: «فيبقى».
(٩) في المخطوط: «لكن».
(١٠) في المخطوط: «إلى».

فصل [في صفة الحكم]

وَأمّا صِفةُ الحُكْمِ فهي أنّ المِلْكَ الثّابِتَ للمُسْتَعيرِ مِلْكٌ غيرُ لازِمٍ؛ لأنّه مِلْكٌ لا يُقابِلُه عِوَضٌ، فلا يكونُ لازِمًا كالمِلْكِ الثّابِتِ بالهبةِ، فكان للمُعيرِ أنْ يرجعَ في العاريّةِ سَواءٌ أطْلَقَ العاريّةَ أو وقَّتَ لها وقتًا.

وعلى هذا إذا استَعارَ من آخَرَ أرضًا ليَبنيَ عليها أو ليَغرِسَ فيها، ثم بَدا للمالِكِ أنْ يُخْرِجَه فلَه ذلك سَواءٌ كانت العاريّةُ مُطْلَقةً أو موقَّتةً، لِما قُلْنا غيرَ أنّها إنْ كانت مُطْلَقةً له أنْ يُجْبِرَ المُسْتَعيرَ على قَلْعِ الغَرْسِ ونَقْضِ البِناءِ؛ لأنّ في التّرْكِ ضررًا بالمُعيرِ؛ لأنّه لا نِهايةَ له، وإذا قَلَعَ ونَقَضَ لا يَضْمَنُ المُعيرُ شيئًا من قيمةِ الغَرْسِ والبِناءِ؛ لأنّه لو وجَبَ عليه الضّمانُ لَوَجَبَ بسببِ الغُرورِ، ولا غُرورَ من جِهَتِه، حيث أطْلَقَ العقدَ ولم يوقِّتْ فيه وقتًا فأخْرَجَه قبلَ الوقْتِ، بل هو الذي غَرَّرَ [1] نفسَه حيث حَمَلَ المُطْلَقَ على الأبَدِ، وإنْ كانت موَقَّتةً فأخْرَجَه قبلَ الوقْتِ لم يَكُنْ له أنْ (يُخرِجَه، ولا يُجْبَرُ) [2] على النّقْضِ والقَلْعِ والمُسْتَعيرُ بالخيارِ إنْ شاء ضَمَّنَ صاحبَ الأرضِ قيمةَ غَرْسِه وبِنائه قائمًا سَليمًا وتَرَكَ ذلك عليه؛ لأنّه لَمّا وقَّتَ للعاريّةِ وقتًا ثم أخرَجَه قبلَ الوقْتِ فقد غرَّه، فصارَ كفيلاً عنه فيما يَلْزَمُه من العُهْدةِ، إذْ ضَمانُ الغُرورِ كفالةٌ [3] فكان له أنْ يرجعَ عليه بالضّمانِ، ويَمْلِكُ صاحبُ الأرضِ البِناءَ والغَرْسَ بأداءِ الضّمانِ؛ لأنّ هذا حُكْمُ المضموناتِ أنّها تُمْلَكُ بأداءِ الضّمانِ، وإنْ شاء أخذ غَرْسَه وبِناءَه ولا شيءَ على صاحبِ الأرضِ ثم إنّما يَثْبُتُ خيارُ القَلْعِ والنّقْضِ للمُسْتَعيرِ إذا لم يَكُنِ القَلْعُ أو النّقْضُ مُضِرًّا بالأرضِ، فإنْ كان مُضِرًّا بها فالخيارُ للمالِكِ؛ لأنّ الأرضَ أصلٌ والبِناءَ والغَرْسَ تابعٌ لها، فكان المالِكُ صاحبَ أصلٍ والمُسْتَعيرُ صاحبَ تَبَعٍ، فكان إثْباتُ الخيارِ لِصاحبِ الأصلِ أولى إنْ شاء أمسَكَ الغَرْسَ والبِناءَ بالقيمةِ وإنْ شاء رَضيَ بالقَلْعِ والنّقْضِ.

هذا إذا استَعارَ أرضًا للغَرْسِ أو البِناءِ، فأمّا إذا استَعارَ أرضًا لِلزّراعةِ فزرَعَها، ثم أرادَ صاحبُ الأرضِ أنْ يأخُذَها، لم يَكُنْ له ذلك حتى يَحْصُدَ الزّرْعَ، بل يُتْرَكُ في يَدِه إلى وقتِ الحصادِ بأجرِ المثلِ استحسانًا في [4] القياس أنْ يكونَ له ذلك كما في البِناءِ والغَرْسِ.

---

(١) في المخطوط: «غرَّ».
(٢) في المخطوط: «يجبرهم».
(٣) في المخطوط: «ضمن الكفالة».
(٤) في المخطوط: «و».

ووجه الفرْقِ لِلاستحسانِ أنّ النّظَرَ من الجانِبَيْنِ ورِعايَةَ [٤/ ٦١ب] الحقَّيْنِ واجبٌ عند الإمكانِ، وذلك مُمْكِنٌ في الزَّرْعِ؛ لأنّ إدْراكَ الزَّرْعِ له وقتٌ مَعْلومٌ، فيُمْكِنُ النّظَرُ من الجانِبَيْنِ جانِبِ المُسْتَعيرِ لا شَكَّ فيه، وجانِبِ المالِكِ بالتّرْكِ إلى وقتِ الحصادِ بالأجرِ، ولا يُمْكِنُ في الغَرْسِ والبِناءِ؛ لأنّه ليس لِذلك وقتٌ مَعْلومٌ، فكان مُراعاةُ صاحبِ الأصلِ أولى.

وقالوا في بابِ الإجارةِ: إذا انقَضَتِ [١] المُدّةُ والزَّرْعُ بَقْلٌ لم يَسْتَحْصِدْ أنّه يُتْرَكُ في يَدِ المُسْتَأجِرِ إلى وقتِ الحصادِ بأجرِ المثلِ، كما في العاريّةِ لِما قُلْنا، بخلافِ بابِ الغَصْبِ؛ لأنّ التّرْكَ لِلنّظَرِ، والغاصِبُ جانٍ (فلا يَسْتَحِقُّ النّظَرَ، بل يُجْبَرُ على القَلْعِ) [٢] والله أعلم.

فصل [في بيان حال المستعار]

وأمّا بيانُ حالِ المُستعارِ: فحالُه أنّه أمانةٌ في يَدِ المُسْتَعيرِ في حالِ الاستِعْمالِ بالإجماعِ، فأمّا في غيرِ حالِ الاستِعْمالِ فكذلك عندنا [٣]، وعند الشّافعيِّ - رحمه الله - مضمونٌ [٤]، واحتجّ بما رُوِيَ أنّ رَسُولَ الله ﷺ استَعارَ من صَفْوانَ درعًا يومَ حُنَيْن، فقال صَفْوانُ: أغَصْبًا يا محمّدُ، فقال عليه الصلاة والسلام: «**بل عاريَةٌ مضمُونَةٌ**» [٥] ولأنّ العَيْنَ مضمونةُ الرَّدِّ حالَ قيامِها، فكانت مضمونةَ القيمةِ حالَ هَلاكِها كالمَغْصوبِ، وهذا؛ لأنّ العَيْنَ اسمٌ لِلصّورةِ، والمعنى وبالهَلاكِ إنْ عَجَزَ عن رَدِّ الصّورةِ لم يَعْجِزْ عن رَدِّ المعنى؛ لأنّ قيمةَ الشّيءِ مَعْناه، فيجبُ عليه رَدُّه بمَعْناه كما في باب الغَصْبِ، ولأنّه قَبَضَ

---

(١) في المخطوط: «مضت».

(٢) في المخطوط: «فلا ينظر بل يزجر».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي ص (١١٦)، المبسوط (١١/ ١٣٤)، رؤوس المسائل ص (٣٤٢)، شرح فتح القدير (٩/ ٧)، الاختيار (٣/ ٥٦).

(٤) ومذهب الشافعية: أن العارية مضمونة فإذا تلفت العين المعارة في يد المستعير ضمنها سواء تلفت بآفة سماوية أم بفعله، بتقصير منه أم لا، انظر: الوسيط (٣/ ٣٦٩، ٣٧٠)، المنهاج ص (٦٩)، الأم (٣/ ٣٤٤)، الوجيز (١/ ٢٠٤)، روضة الطالبين (٤/ ٤٣١).

(٥) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: البيوع، باب: في تضمين العور، برقم (٣٥٦٢)، وأحمد، برقم (١٤٨٧٨)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٤١٠)، برقم (٥٧٧٩) من حديث صفوان بن أمية رضي الله عنه، انظر السلسلة الصحيحة للألباني، رقم (٦٣١).

مالَ الغيرِ لِنفسِه، فيكونُ مضمونًا عليه كالمقبوضِ على سَوْمِ الشِّراءِ.

(ولَنا) أنّه لم يوجَدْ من المُسْتَعيرِ سببُ وُجوبِ الضَّمانِ، فلا يجبُ عليه الضَّمانُ كالوديعةِ والإجارةِ، وإنّما قُلْنا ذلك؛ لأنّ الضَّمانَ لا يجبُ على المَرْءِ بدونِ فعلِه، وفعلُه الموجودُ منه ظاهرًا هو العقدُ والقبضُ، وكُلُّ واحدٍ منهما لا يَصْلُحُ سببًا لِوُجوبِ الضَّمانِ.

أمّا العقدُ؛ فلأنّه عقدُ تَبَرُّعٍ بالمَنْفَعةِ تمليكًا أو إباحةً على اختِلاف الأصلينِ وأمّا القبضُ، فلِوجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّ قبضَ مالِ الغيرِ بغيرِ إذنِه لا يَصْلُحُ سببًا لِوُجوبِ الضَّمانِ، فبالإذنِ [١] أولى، وهذا؛ لأنّ قبضَ مالِ الغيرِ بغيرِ إذنِه هو إثْباتُ اليَدِ على مالِ الغيرِ وحِفْظُه وصيانَتُه عن الهَلاكِ وهذا [٢] إحسانٌ في حَقِّ المالِكِ قال الله - تبارك وتعالى - جَلَّ شَأنُه: ﴿هَلْ جَزَآءُ ٱلْإِحْسَٰنِ إِلَّا ٱلْإِحْسَٰنُ﴾ [الرحمٰن:٦٠] وقال تبارك وتعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾ [التوبة:٩١] دَلَّ أنّ (قبضَ مالِ الغيرِ بغيرِ إذنِه) [٣] لا يَصْلُحُ سببًا لِوُجوبِ الضَّمانِ، فمع الإذنِ أولى.

والثاني: أنّ القبضَ المَأذونَ [٤] فيه لا يكونُ تَعَدّيًا؛ لأنّه لا يُفَوِّتُ يَدَ المالِكِ ولا ضَمانَ إلاّ على المُتَعَدّي، قال الله تبارك وتعالى: ﴿فَلَا عُدْوَٰنَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [البقرة:١٩٣] بخلافِ قبضِ الغَصْبِ.

وأمّا الاستِدْلال بضَمانِ الرَّدِّ، قُلْنا: إنْ وجَبَ عليه رَدُّ العَيْنِ حالَ قيامِها، لم يجبْ عليه رَدُّ القيمةِ حالَ هَلاكِها وقولُه: قيمَتُها مَعْناها، قُلْنا: ممنوعٌ، وهذا؛ لأنّ القيمةَ هي الدَّراهمُ والدَّنانيرُ، والدَّراهمُ والدَّنانيرُ عَيْنٌ أُخرى لها صورةٌ ومَعْنًى غيرُ العَيْنِ الأولى، فالعَجْزُ عن رَدِّ أحدِ العَيْنَيْنِ لم يوجِبْ رَدَّ العَيْنِ الأُخرى، وفي بابِ الغَصْبِ لا يجبُ [عليه] [٥] ضَمانُ القيمةِ بهذا الطَّريقِ، بل بطريقٍ آخَرَ، وهو إتْلافُ المَغْصوبِ مَعْنًى (لِما عُلِمَ) [٦]، وهنا لم يوجَدْ، حتى لو وُجِدَ يجبُ الضَّمانُ ثم نَقولُ: إنّما وجَبَ عليه ضَمانُ

(١) في المخطوط: «فمع الإذن».
(٢) في المخطوط: «هو».
(٣) في المخطوط: «القبض مع غير الإذن».
(٤) في المخطوط: «للمضمون».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «على ما عُرف».

الرَّدُّ؛ لأنَّ العقدَ متى انتَهَى بانتِهاءِ المُدّةِ أو بالطَّلَبِ بَقيَ العَيْنُ في يَدِه كالمَغْصوبِ، والمَغْصوبُ مضمونُ الرَّدِّ حالَ قيامِه ومضمونُ القيمةِ حالَ هَلاكِه، وعندَنا إذا هَلكتْ في تلك الحالةِ ضَمن [١].

وأمّا قولُه: قبضُ مالِ الغيرِ لِنفسِه فنَعَمْ، لَكِنْ قبضُ مالِ الغيرِ لِنفسِه بغيرِ إذنِه لا يَصْلُحُ سببًا لِوُجوبِ الضَّمانِ لِما ذَكَرْنا، فمع الإذنِ أولى.

والمقبوضُ على سَوْمِ الشِّراءِ غيرُ مضمونٍ بالقبضِ بل بالعقدِ بطريقِ التّعاطي، بشرطِ الخيارِ الثّابتِ دَلالةً (لِما عُلِمَ) [٢]، ولا حُجّةَ له في حَديثِ صَفْوانَ؛ لأنّ الرِّوايةَ قد اختَلَفَتْ، فقد رُوِيَ أنّه هَرَبَ من رَسُولِ الله ﷺ فأرسَلَ إليه فأمَّنَه فَأَسْلَمَ، وكان رَسُولُ الله ﷺ يُريدُ حُنَيْنًا، فقال: «هَلْ عندَكَ شيءٌ من السِّلاح» فقال: عارِيَةً أو غَصْبًا فقال عليه الصلاة والسلام: «عارِيَةٌ، فأعارَه» ولم يَذْكُرْ فيه الضَّمانَ، والحادِثةُ حادِثةٌ واحدةٌ مَرّةً واحدةً، فلا يكونُ الثّابتُ إلاّ إحداهما فتَعارَضَتِ الرِّوايَتانِ فسَقَطَ الاحتِجاجُ، مع ما أنّه إنْ ثَبَتَ فيحتملُ ضَمانَ الرَّدِّ، وبه نَقولُ، فلا يُحمَلُ على ضَمانِ الغيرِ [٣] مع الاحتِمالِ، يُؤَيِّدُ ما قُلْنا، ما رُوِيَ عن [٤] رَسُولِ الله ﷺ قال: «العارِيَةُ مُؤَدّاةٌ» [٥].

فصل [فيما يوجب تغير حالها]

وَأمّا بيانُ ما يوجِبُ تَغَيُّرَ حالِها فالذي يُغَيِّرُ حالَ [٤/ ٦٢أ] المُسْتَعارِ من الأمانةِ إلى الضَّمانِ، ما هو المُغَيِّرُ حالَ الوديعةِ، وهو الإتْلافُ حَقيقةً أو مَعْنًى بالمَنْعِ بعدَ الطَّلَبِ أو بعدَ انقِضاءِ المُدّةِ، وبِتَرْكِ الحِفْظِ، وبالخلافِ، حتى لو حَبَسَ العارِيَةَ بعدَ انقِضاءِ المُدّةِ أو بعدَ الطَّلَبِ قبلَ انقِضاءِ المُدّةِ يَضْمَنُ؛ لأنّه واجبُ الرَّدِّ في هاتَيْنِ الحالَتَيْنِ، لِقولِه ﷺ: «العارِيَةُ مُؤَدّاةٌ» وقولِه ﷺ: «على اليَدِ ما أخذتْ حتّى تَرُدَّه» ولأنّ حُكْمَ العقدِ انتَهَى بانقِضاءِ المُدّةِ أو الطَّلَبِ، فصارَتِ العَيْنُ في يَدِه كالمَغْصوبِ، والمَغْصوبُ مضمونُ الرَّدِّ حالَ

---

(١) في المخطوط: «يضمن».
(٢) في المخطوط: «على ما عرف والله أعلم».
(٣) في المخطوط: «العين».
(٤) في المخطوط: «أن».
(٥) صحيح: أخرجه الترمذي، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة، برقم (١٢٦٥) من حديث أبي أمامة رضي الله عنه، وانظر صحيح الترمذي.

قيامِه، ومضمونُ القيمةِ حالَ هَلاكِه.

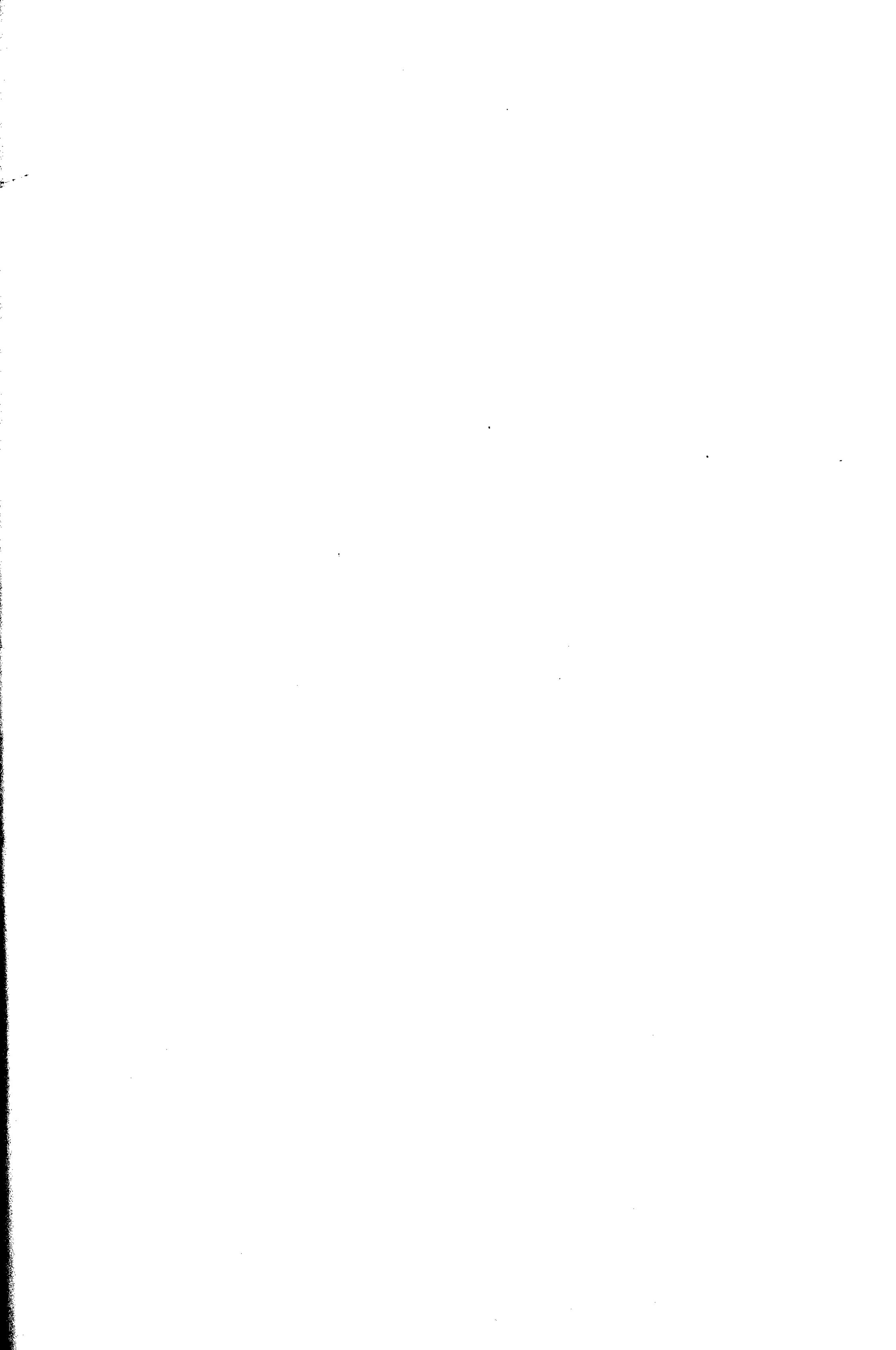
ولو رَدَّ العاريّةَ مع عبدِه أو ابنِه أو بعضِ مَنْ في عيالِه، أو مع عبدِ المُعيرِ، أو رَدَّها بنفسِه إلى مَنْزِلِ المالِكِ وجعلها فيه، لا يَضْمَنُ استحسانًا، والقياسُ أنْ يَضْمَنَ كما في الوديعةِ، وقد ذَكَرْنا الفرْقَ بينهما في كِتابِ الوديعةِ.

وكذا إذا تَرَكَ الحِفْظَ حتى ضاعَتْ، وكذا إذا خالَفَ، إلاّ أنّ في بابِ الوديعةِ إذا خالَفَ ثم عادَ إلى الوِفاقِ يَبْرَأُ عن الضَّمانِ عند أصحابِنا الثّلاثةِ رضي الله عنهم، وهنا لا يَبْرَأُ، وقد تَقَدَّمَ (١) الفرْقُ في كِتابِ الوديعةِ.

ولو تَصَرَّفَ المُسْتَعيرُ وادَّعَى أنّ المالِكَ قد أذِنَ له بذلك، وجَحَدَ المالِكُ، فالقولُ قولُ المالِكِ حتى يقومَ للمُسْتَعيرِ على ذلك بَيِّنةٌ؛ لأنّ التّصَرُّفَ منه سببٌ لِوُجوبِ الضَّمانِ في الأصلِ، فدَعْوَى الإذنِ منه دَعْوَى أمرٍ عارِضٍ فلا تُسْمَعُ إلاّ بدَليلٍ، واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

* * *

(١) في المخطوط: «مرَّ».



كتاب الوقف والصدقة



كِتَابُ الوَقْفِ والصَّدَقةِ

أمّا الوقْفُ فالكَلامُ فيه في مَواضِعَ:

في بيانِ جوازِ الوقْفِ وكيفيَّتِه [1].

وفي بيانِ شَرائطِ الجوازِ.

وفي بيانِ حُكْمِ الوقْفِ الجائزِ وما يَتَّصِلُ به.

(أمّا) الأوّلُ فنَقولُ وباللَّه التّوْفيقُ: لا خلافَ بين العُلَماءِ في جوازِ الوقْفِ في حَقِّ وُجوبِ التّصَدُّقِ بالفرْعِ ما دامَ الوقْفُ [2] حَيًّا، حتى إنّ مَنْ وقَفَ داره أو أرضَه يَلْزَمُه التّصَدُّقُ بغَلّةِ الدّارِ والأرضِ، ويكونُ ذلك بمنزِلةِ النّذْرِ بالتّصَدُّقِ بالغَلّةِ، ولا خلافَ أيضًا في جوازِه في حَقِّ زَوالِ مِلْكِ الرَّقَبةِ إذا اتَّصَلَ به قَضاءُ القاضي أو أضافَه إلى ما بعدَ الموتِ، بأنْ قال: إذا مِتُّ فقد جَعَلْتُ داري أو أرضي وقفًا على كذا أو قال: هو وقفٌ في حياتي صَدَقةٌ بعدَ وفاتي.

واختَلَفوا في جوازِه مُزيلاً لِمِلْكِ الرَّقَبةِ إذا لم توجَدِ الإضافةُ إلى ما بعدَ الموتِ، ولا اتَّصَلَ به حُكْمُ حاكِمٍ.

قال أبو حنيفةَ عليه الرَّحمةُ: لا يجوزُ، حتى كان للواقِفِ بيعُ الموقوفِ وهبَتُه، وإذا مات يَصيرُ ميراثًا لِوَرَثَتِه.

وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ وعامّةُ العُلَماءِ رضي الله تعالى عنهم: يجوزُ، حتى لا يُباع ولا يوهَبَ ولا يورَثَ.

ثم في ظاهرِ الرِّوايةِ عن أبي حنيفةَ لا فرْقَ بين ما إذا وقَفَ في حالةِ الصِّحّةِ، وبين ما إذا وقَفَ في حالةِ المَرَضِ، حتى لا يجوزَ عندَه في الحالينِ جميعًا إذا لم توجَدِ الإضافةُ ولا حُكْمُ الحاكِمِ.

ورَوَى الطَّحاويُّ عنه أنّه إذا وقَفَ في حالةِ المَرَضِ جازَ عندَه، ويُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ، ويكونُ بمنزِلةِ الوصيّةِ بعدَ وفاتِه وأمّا عندَهما فهو جائزٌ في الصِّحّةِ والمَرَضِ.

---

(١) في المخطوط: «كيفية جوازه».

(٢) في المخطوط: «الواقف».

وعلى هذا الخلافِ إذا بَنَى رِباطًا أو خانًا لَلْمُجْتازينَ، أو سِقايةً للمسلمينَ، أو جعل أرضَه مقبَرةً، لا تَزولُ رَقَبةُ هذِه الأشياءِ عن مِلْكِه عند أبي حنيفةَ أضافَه [(١)] إلى ما بعدَ الموتِ أو حَكَمَ به حاكِمٌ.

وعندَهما يَزولُ بدونِ ذلك، لَكِنْ عند أبي يوسفَ بنفسِ القولِ، وعند محمّدٍ بواسطةِ التّسْليمِ وذلك بسُكْنَى [(٢)] المُجْتازينَ في الرِّباطِ والخانِ وسِقايةُ النّاس من السِّقايةِ والدَّفْنِ في المقبَرةِ، وأجمَعوا على أنّ مَنْ جعل داره أو أرضَه مسجِدًا يجوزُ، وتَزولُ الرَّقَبةُ عن مِلْكِه لَكِنّ عَزْلَ الطَّريقِ وإفرازَه [(٣)] والإذنَ لِلنّاس بالصّلاةِ فيه، والصّلاةُ شرطٌ عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، حتى كان له أنْ يرجعَ قبلَ ذلك، وعند أبي يوسفَ تَزولُ الرَّقَبةُ عن مِلْكِه بنفسِ قولِه: جَعَلْتُه مسجِدًا، وليس له أنْ يرجعَ عنه على ما نَذْكُرُه.

وجه قولِ العامّةِ الاقْتِداءُ برَسولِ الله ﷺ والخُلَفاءِ الرّاشِدينَ وعامّةِ الصّحابةِ رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فإنّه رويَ أنّ رَسولَ الله ﷺ وقَفَ، ووَقَفَ سَيِّدُنا أبو بَكْرٍ، وسَيِّدُنا عُمَرُ، وسَيِّدُنا عُثْمانُ، وسَيِّدُنا عَلِيٌّ، [وغيرُهم رضي الله عنهم] [(٤)] وأكثرُ الصّحابةِ وقَفوا؛ ولأنّ الوقْفَ ليس إلاّ إزالةَ المِلْكِ عن الموقوفِ وجَعْلَه حقًّا لِلَّه تعالى خالصًا فأشبَهَ الإعتاقَ وجعل الأرضَ أو الدّارَ مسجِدًا.

والدَّليلُ عليه أنّه يَصِحُّ مُضافًا إلى ما بعدَ الموتِ، فيَصِحُّ مُنَجَّزًا، وكذا لو اتَّصَلَ به قَضاءُ القاضي يجوزُ، وغيرُ الجائزِ لا يحتملُ الجوازَ لِقَضاءِ القاضي.

ولأبي حنيفةَ عليه الرَّحْمةُ ما رويَ عن عبدِ الله بنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال: لَمّا نَزَلَتْ سورةُ النِّساءِ وفُرِضَتْ فيها الفرائضُ قال رَسُولُ الله ﷺ: **«لا حَبْسَ عن فرائضِ [٤/ ١٧٦ب] الله تعالى»** [(٥)] أي لا (مالَ يُحْبَسُ) [(٦)] بعدَ موتِ صاحبه عن القسمةِ بين ورَثَتِه، والوقْفُ حَبْسٌ عن فرائضِ الله تعالى عَزَّ شَأْنُه، فكان مَنْفيًا شرعًا.

وعن شُرَيْحٍ أنه قال: جاءَ محمّدٌ ببيعِ الحبيسِ وهذا منه رِوايةً عن النّبيِّ ﷺ أنّه يجوزُ بيعُ

---

(١) في المخطوط: «إلا إذا أضاف».
(٢) في المخطوط: «تسليم».
(٣) في المخطوط: «إقراره».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/ ١٦٢)، برقم (١١٦٨٨)، وذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٧٦) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.
(٦) في المخطوط: «تحبس».

الموقوفِ؛ لأنّ الحبيسَ هو الموقوف فعيلٌ بمعنى المَفعولِ، إذِ الوقْفُ حَبْسٌ لُغةً فكان الموقوفُ مَحْبوسًا فيجوزُ بيعُه وبه تَبَيَّنَ أنّ الوقْفَ لا يوجِبُ زَوالَ الرَّقَبةِ عن مِلْكِ الواقِفِ.

(وأمّا) وقفُ رَسولِ الله ﷺ فإنّما جازَ؛ لأنّ المانِعَ من وُقوعِه حَبْسًا عن فرائضِ الله عَزَّ وجَلَّ، ودَفْعُه [1] ﷺ لم يَقَعْ حَبْسًا عن فرائضِ الله تعالى، لِقولِه ﷺ: «إنّا مَعاشِرَ [2] الأنْبياءِ لا نُورَثُ ما تَرَكْنا صَدَقةٌ» [3].

(وأمّا) أوقافُ الصّحابةِ رضي الله عنهم فما كان منها في زَمَنِ رَسولِ الله ﷺ احتُمِلَ أنّها كانت قبلَ نُزولِ سورةِ النِّساءِ فلم تَقَعْ حَبْسًا عن فرائضِ الله تعالى، وما كان بعدَ وفاتِه عليه الصلاة والسلام فاحتُمِلَ أنّ ورَثَتَهم أمضَوْها بالإجازةِ، وهذا هو الظّاهرُ، ولا كلامَ فيه، وإنّما جازَ مُضافًا إلى ما بعدَ الموتِ؛ لأنّه لَمّا أضافَه إلى ما بعدَ الموتِ فقد أخْرَجَه مَخْرَجَ الوصيّةِ فيجوزُ كسائرِ الوصايا، لَكِنْ جوازُه بطريقِ الوصيّةِ لا يَدُلُّ على جوازِه لا بطريقِ الوصيّةِ.

ألا تَرَى أنه لو أوصَى بثُلُثِ مالِه للفُقَراءِ [4] جازَ، ولو تَصَدَّقَ بثُلُثِ مالِه على الفُقَراءِ لا يجوزُ؟. وأمّا إذا حَكَمَ به حاكِمٌ فإنّما جازَ؛ لأنّ حُكْمَه صادَفَ مَحَلَّ الاجتِهادِ وأفضَى اجتِهادُه إليه، وقَضاءُ القاضي في موضِعِ الاجتِهادِ، بما أفضَى إليه اجتِهادُه، جائزٌ، كما في سائرِ المُجْتَهَداتِ.

فصل [في شروط الجواز]

وَأمّا شَرائطُ الجوازِ فأنْواعٌ:

بعضُها يرجعُ إلى الواقِفِ.

وَبعضُها يرجعُ إلى نفسِ الوقْفِ.

وبعضُها يرجعُ إلى الموقوفِ.

---

(١) في المخطوط: «ووقفه». (٢) في المخطوط: «معشر».

(٣) أخرجه البخاري، كتاب: الفرائض، باب: قول النبي ﷺ: «لا نورث»، برقم (٦٧٣٠)، ومسلم، كتاب: الجهاد والسير، باب: قول النبي ﷺ «لا نورث»، برقم (١٧٥٨) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٤) في المخطوط: «على الفقراء».

(أمّا) الذي يرجعُ إلى الواقِفِ فـ[أنواعٌ] [١]: (منها) العَقْلُ (ومنها): البلوغُ فلا يَصِحُّ الوقْفُ من الصّبيِّ والمجنونِ؛ (لأنّ الوقْفَ) [٢] من التّصرُّفاتِ الضّارّةِ؛ لِكَوْنِه إزالةَ المِلْكِ بغيرِ عِوَضٍ، والصّبيُّ والمجنونُ ليسا من أهلِ التّصرُّفاتِ الضّارّةِ، ولِهذا لا تَصِحُّ منهما الهبةُ والصّدَقةُ والإعتاقُ ونحوُ ذلك.

-(ومنها): الحُرّيّةُ فلا يَمْلِكُه العبدُ؛ لأنّه إزالةُ المِلْكِ، والعبدُ ليس من أهلِ المِلْكِ، وسَواءٌ كان مَأذونًا أو مَحجورًا؛ لأنّ هذا ليس من بابِ التِّجارةِ ولا من ضروراتِ التِّجارةِ، فلا يَمْلِكُه المَأذونُ كما لا يَمْلِكُ الصّدَقةَ والهبةَ والإعتاقَ.

-(ومنها): أنْ يُخْرِجَه الواقِفُ من يَدِه ويجْعَلَ له قَيِّمًا ويُسَلِّمَه إليه عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وعند أبي يوسفَ هذا ليس بشرطٍ، واحتَجَّ بما رويَ أنّ سَيِّدَنا عُمَرَ رضي الله عنه وقَفَ، وكان يَتَوَلَّى أمرَ وقفِه بنفسِه وكان في يَدِه.

ورُوِيَ عن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّه كان يَفْعَلُ كذلك؛ ولأنّ هذا إزالةُ المِلْكِ لا إلى حَدٍّ فلا يُشترَطُ فيه التّسْليمُ كالإعتاقِ.

ولهما [٣]: أنّ الوقْفَ إخْراجُ المالِ عن المِلْكِ على وجه الصّدَقةِ، فلا يَصِحُّ بدونِ التّسْليمِ كسائرِ التّصرُّفاتِ [٤].

(وأمّا) وقفُ سَيِّدِنا عُمَرَ وسَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنهما فاحتَمَلَ أنّهما أخْرَجاه عن أيديهما وسَلَّماه إلى المُتَوَلّي بعدَ ذلك فصَحَّ، كمَنْ وهَبَ من آخَرَ شيئًا أو تَصَدَّقَ، ولم يُسَلِّمْ إليه وقتَ الصّدَقةِ والهبةِ ثم سُلِّمَ صَحَّ التّسْليمُ كذا هذا.

ثم التّسْليمُ في الوقْفِ عندَهما أنْ يجْعَلَ له قَيِّمًا ويُسَلِّمَه إليه، وفي المسجِدِ أنْ يُصَلّى فيه جَماعةً بأذانٍ وإقامةٍ بإذنِه كذا ذَكَرَ القاضي في شرحِ الطَّحاويِّ.

وذَكَرَ القُدوريُّ رحمه الله في شرحِه [٥] أنّه إذا أذِنَ لِلنّاس بالصّلاةِ فيه فصَلَّى واحدٌ كان تسليمًا، ويَزولُ مِلْكُه عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ رحمهما الله، وهَلْ يُشترَطُ أنْ لا يَشْرُطَ [٦] الواقِفُ لِنفسِه من مَنافعِ الوقْفِ شيئًا، عند أبي يوسفَ ليس بشرطٍ، وعند محمّدٍ شرطٌ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «لأنه».
(٣) في المخطوط: «لنا».
(٤) في المخطوط: «الصدقات».
(٥) في المخطوط: «مختصره».
(٦) في المخطوط: «يشترط».

وجه قولِ محمّدٍ أنّ هذا إخْراجُ المالِ إلى الله تعالى وجَعْلُه خالصًا له، وشرطُ الانتِفاعِ لِنفسِه يَمْنَعُ الإخْلاصَ فيَمْنَعُ جوازَ الوقْفِ، كما إذا [1] جعل أرضَه أو دارِه مسجِدًا وشَرَطَ من مَنافعِ ذلك لِنفسِه شيئًا، وكَما لو أعتَقَ عبدَه وشَرَطَ خِدْمَتَه لِنفسِه و(لأبي يوسفَ ما) [2] رويَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه وقَفَ وشَرَطَ في وقفِه لا جُناحَ على مَنْ وليَه أنْ يَأكُلَ منه بالمَعْروفِ، وكان يَلي أمرَ وقفِه بنفسِه.

وعن أبي يوسفَ رحمه الله: أنّ الواقِفَ إذا شَرَطَ لِنفسِه بيعَ الوقْفِ وصَرْفَ ثَمَنِه إلى ما هو أفضَلُ منه يجوزُ؛ لأنّ شرطَ البيعِ شرطٌ لا يُنافيه الوقْفُ، ألا تَرى أنّه يُباعُ بابُ [3] المسجِدِ إذا خَلِقَ، وشَجَرُ الوقْفِ إذا يَبِسَ.

-(ومنها): أنْ يجْعَلَ آخِرَه بجِهةٍ لا تَنْقَطِعُ [٤/ ١٧٧أ] أبَدًا عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، فإنْ لم [4] يَذْكُرْ ذلك لم يَصِحَّ عندَهما، وعند أبي يوسف ذِكْرُ هذا ليس بشرطٍ بل يَصِحُّ وإنْ سَمَّى جِهةً تَنْقَطِعُ، ويكونُ بعدَها للفُقَراءِ وإنْ لم يُسَمِّهم.

وجه قولِ أبي يوسفَ: أنّه ثَبَتَ الوقْفُ عن رَسولِ الله ﷺ وعن الصّحابةِ، ولم يَثْبُتْ عنهم هذا الشّرطُ ذِكْرًا وتسميةً ولأنّ قَصْدَ الواقِفِ أنْ يكونَ آخِرُه [5] للفُقَراءِ وإنْ لم يُسَمِّهم هذا هو الظّاهرُ من حالِه، فكان تسميةُ هذا الشّرطِ ثابتًا دَلالةً، والثّابِتُ دَلالةً كالثّابِتِ نَصًّا، ولهما أنّ التّأبيدَ شرطُ جوازِ الوقْفِ [لِما نَذْكُرُ] [6]، وتسميةُ جِهةٍ تَنْقَطِعُ تَوْقيتٌ له مَعْنًى فيَمْنَعُ الجوازَ.

(وأمّا) الذي يرجعُ إلى نفسِ الوقْفِ فهو التّأبيدُ، وهو أنْ يكونَ مُؤَبَّدًا حتى لو وقَّتَ لم يجُزْ؛ لأنّه إزالةُ المِلْكِ لا إلى حَدٍّ فلا تحتملُ التّوْقيتَ كالإعتاقِ وجَعْلِ الدّارِ مسجِدًا.

فصل [فيما يرجع إلى الموقوف]

وَأمّا الذي يرجعُ إلى الموقوفِ فأنْواعٌ:

(منها) أنْ يكونَ مِمّا لا يُنْقَلُ ولا يُحَوّلُ كالعَقارِ ونحوِه، فلا يجوزُ وقفُ المَنْقولِ مقصودًا لِما ذَكَرْنا أنّ التّأبيدَ شرطُ جوازِه، ووَقْفُ المَنْقولِ لا يَتَأبَّدُ لِكَوْنِه على شَرَفِ

(١) في المخطوط: «لو».
(٢) في المخطوط: «واحتج أبو يوسف بما».
(٣) في المخطوط: «أثاث».
(٤) في المخطوط: «لا».
(٥) في المخطوط: «أجرة».
(٦) ليست في المخطوط.

الهَلاكِ، فلا يجوزُ وقفُه مقصودًا إلاّ إذا كان تَبَعًا للعَقارِ، بأنْ وقَفَ ضَيْعةً ببقَرِها وأكَرَتِها وهم عَبيدُه فيجوزُ، كذا قاله أبو يوسفَ.

وجوازُه تبَعًا [لِغيرِه] لا يَدُلُّ على جوازِه مقصودًا كبيعِ الشُّرْبِ ومَسيلِ الماءِ، والطَّريقُ أنّه لا يجوزُ مقصودًا ويجوزُ تبَعًا للأرضِ والدّارِ، وإنْ كان شيئًا جَرَتِ العادةُ بوَقْفِه، كوَقْفِ المَرِّ والقَدومِ لِحَفرِ القُبورِ، ووَقْفِ المِرْجَلِ لِتسخينِ الماءِ، ووَقْفِ الجِنازةِ وثيابِها.

ولو وقَفَ أشجارًا قائمةً، فالقياسُ أنْ لا يجوزَ؛ لأنّه وقَفَ المَنقولَ، وفي الاستحسانِ يجوزُ لِتَعامُلِ النّاس في ذلك، وما رَآه المسلمونَ حَسَنًا فهو عند الله حَسَنٌ.

ولا يجوزُ وقفُ الكُراعِ والسِّلاح في سَبيلِ الله تعالى عند أبي حنيفةَ لأنّه مَنْقولٌ وما جَرَتِ العادةُ به، وعند أبي يوسفَ ومحمّدٍ يجوزُ، ويجوزُ [عندَهما] (١) بيعُ ما هَرِمَ منها، أو صارَ بحالٍ لا يُنْتَفَعُ به فيُباعُ ويُرَدُّ ثَمَنُه في مثلِه، كأنّهما تَرَكا القياسَ في الكُراعِ والسِّلاح بالنّصِّ، وهو ما رُوِيَ عن النّبِيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «أمّا خالدٌ فقد احتبَسَ (٢) أكراعًا (٣) وأفراسًا في سَبِيلِ الله تعالى» (٤) ولا حُجّةَ لهما في الحديثِ؛ لأنّه ليس فيه أنّه وقَفَ ذلك فاحتَمَلَ قولُه: حَبَسَه، أي أمسَكَه للجِهادِ لا لِلتِّجارةِ.

(وأمّا) وقفُ الكُتُبِ فلا يجوزُ على أصلِ أبي حنيفةَ (وأمّا) على قولِهما فقد اختَلَفَ المَشايِخُ فيه، وحُكِيَ عن نَصْرِ (٥) بنِ يَحْيَى أنّه وقَفَ كُتُبَه على الفُقَهاءِ من أصحابِ أبي حنيفةَ.

-(ومنها)؛ أنْ يكونَ الموقوفُ مقسومًا عند محمّدٍ فلا يجوزُ وقفُ المُشاعِ، وعند أبي يوسفَ هذا ليس بشرطٍ، ويجوزُ مقسومًا كان أو مُشاعًا؛ لأنّ التّسْليمَ شرطُ الجوازِ عند محمّدٍ، والشُّيوعُ يُخِلُّ بالقبضِ والتّسْليمِ، وعند أبي يوسفَ التّسْليمُ ليس بشرطٍ أصلاً، فلا يكونُ الخلُّ (٦) فيه مانِعًا، وقد رُوِيَ عن سَيِّدنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه مَلك مِائةَ سَهْمٍ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «حبس».
(٣) في المخطوط: «أدرعًا».
(٤) أخرجه البخاري تعليقًا، كتاب: الجهاد والسير، باب: ما قيل في درع النبي ﷺ، وذكره ابن حجر في تغليق التعليق (٣/ ٤٤٦).
(٥) في المخطوط: «نصير».
(٦) في المخطوط: «الخلل».

بخَيْبَرَ فقال له رَسُولُ الله ﷺ: «احبِسْ أصلَها»[(١)] فدَلَّ [على][(٢)] أنّ الشُّيوعَ لا يَمْنَعُ صِحّةَ الوقْفِ.

وجوابُ محمّدٍ رحمه الله يحتملُ أنّه وقَفَ مِائةَ سَهْمٍ قبلَ القسمةِ، ويحتملُ [أنّه][(٣)] بعدَها، فلا يكونُ حُجّةً مع [الشَّكِّ و][(٤)] الاحتِمالِ، علَى أنّه إنْ ثبَتَ أنّ الوقْفَ كان قبلَ القسمةِ، فيُحْمَلُ أنّه وقَفَها شائعًا ثم قَسَّمَ وسَلَّمَ، وقد رويَ أنّه فعَلَ كذلك[(٥)]، وذلك جائزٌ كما لو وهَبَ مُشاعًا ثم قَسَّمَ وسَلَّمَ.

فصل [في حكم الوقف المباشر وما يتصل به]

وَأمّا حُكْمُ الوقْفِ الجائزِ وما يَتّصِلُ به: فالوقْفُ إذا جازَ على اختِلافِ العُلَماءِ في ذلك، فحُكْمُه أنّه يَزولُ الموقوفُ عن مِلْكِ الواقِفِ ولا يدخلُ في مِلْكِ الموقوفِ عليه، لَكِنّه يَنْتَفِعُ بغَلَّتِه بالتّصَدُّقِ عليه؛ لأنّ الوقْفَ حَبْسُ الأصلِ وتَصَدُّقٌ بالفرْعِ، والحبْسُ لا يوجِبُ مِلْكَ المَحْبوسِ كالرَّهْنِ، والواجبُ أنْ يَبْدَأ بصَرْفِ الفرْعِ إلى مَصالِحِ الوقْفِ من عِمارَتِه وإصْلاح ما وهي من بنائه وسائرِ مُؤناتِه التي لا بُدَّ منها، سَواءٌ شَرَطَ ذلك الواقِفُ أو لم يَشْرُطْ؛ لأنّ الوقْفَ صَدَقةٌ جاريةٌ في سَبيلِ الله تعالى، ولا تَجْري إلاّ بهذا الطَّريقِ ولو وقَفَ داره على سُكْنَى ولَدِه، فالعِمارةُ على مَنْ له السُّكْنَى؛ لأنّ المَنْفَعةَ له فكانت المُؤنةُ عليه لِقولِه عليه الصلاة والسلام: «الخراجُ بالضّمانِ» كالعبدِ الموصَى بخِدْمَتِه أنّ نَفقَتَه على الموصَى له بالخِدْمةِ؛ لِما قُلْنا، كذا هذا، فإنِ امتَنَعَ من العِمارةِ ولم يَقْدر عليها بأنْ كان فقيرًا، آجَرَها القاضي وعَمَرَها بالأُجْرةِ؛ لأنّ استيفاءَ الوقْفِ واجبٌ ولا يَبْقَى إلاّ بالعِمارةِ، فإذا [٤/ ١٧٧ب] امتَنَعَ عن ذلك أو عَجَزَ عنه نابَ القاضي مَنابَه في استِبْقائه بالإجارةِ، كالعبدِ والدّابّةِ إذا امتَنَعَ صاحبُها عن الإنْفاقِ عليها أنْفَقَ القاضي عليها[(٦)] بالإجارةِ، كذا هذا.

---

(١) صحيح: أخرجه النسائي، كتاب: الأحباس، باب: حبس المشاع، برقم (٣٦٠٣)، وابن ماجه، برقم (٢٣٩٧)، وابن حبان (١١/ ٢٦٢)، برقم (٤٨٩٩)، والدارقطني (٤/ ١٨٧)، برقم (١١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، انظر إرواء الغليل للألباني، رقم (١٥٨٣).

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المخطوط: «ذلك».

(٦) في المخطوط: «عليه».

وما انهَدَمَ من بناءِ الوقْفِ وآلَتِه صَرَفَه الحاكِمُ [(١)] في عِمارةِ الوقْفِ إنِ احتاجَ إليه، وإنِ استَغْنَى عنه أمسَكَه إلى وقتِ الحاجةِ إلى عِمارَتِه فيَصْرِفُه فيها، ولا يجوزُ أنْ (يَصْرِفَه إلى) [(٢)] مُسْتَحِقّي الوقْفِ؛ لأنّ حَقَّهم في المَنْفَعةِ والغَلّةِ لا في العَيْنِ، بل هي حَقُّ الله تعالى (على الخُلوصِ) [(٣)].

ولو جعل داره مسجِدًا فخَرِبَ جِوارُ المسجِدِ أو استَغْنَى عنه لا يَعودُ إلى مِلْكِه، ويكونُ مسجِدًا أبَدًا عند أبي يوسفَ، وعند محمّدٍ يَعودُ إلى مِلْكِه.

وجه قولِ محمّدٍ أنّه أزالَ مِلْكَه بوجهٍ مَخْصوصٍ وهو التّقَرُّبُ إلى الله تعالى بمَكانٍ يُصَلّي فيه النّاسُ، فإذا استَغْنَى عنه فقد فاتَ غَرَضُه [منه] [(٤)] فيَعودُ إلى مِلْكِه، كما لو كفَّنَ مَيِّتًا ثم أكَلَه سَبُعٌ [(٥)] وبَقِيَ الكَفَنُ يَعودُ إلى مِلْكِه [(٦)]، كذا هذا.

ولأبي يوسفَ أنّه لَمّا جعله مسجِدًا فقد حَرَّرَه وجعله خالصًا لِلّه تعالى على الإطْلاقِ، وصَحَّ ذلك فلا يحتملُ العَوْدَ إلى مِلْكِه كالإعتاقِ، بخلافِ تَكْفينِ المَيِّتِ؛ لأنّه ما حَرَّرَ الكَفَنَ وإنّما دَفَعَ حاجةَ المَيِّتِ به وهو سَتْرُ عَوْرَتِه، وقد استَغْنَى عنه فيَعودُ مِلْكًا له.

وقوله: أزالَ مِلْكَه بوجهٍ وقَعَ الاستِغْناءُ عنه، قُلْنا: ممنوعٌ، فإنّ المُجْتازينَ يُصَلّونَ فيه، وكذا احتِمالُ عَوْدِ العِمارةِ قائمٌ، وجِهةُ القُرْبةِ قد صَحَّتْ بيَقينٍ فلا تَبْطُلُ باحتِمالِ عَدَمِ حُصولِ المقصودِ.

ولو وقَفَ دارًا أو أرضًا على مسجِدٍ مُعَيَّنٍ.

قال بعضهم: هو على الاختِلافِ، على قولِ أبي يوسفَ يجوزُ، وعلى قولِ محمّدٍ لا يجوزُ، بناءً على أنّ المسجِدَ عند أبي يوسفَ لا يَصيرُ ميراثًا بالخرابِ، وعند محمّدٍ يَصيرُ ميراثًا.

وقال أبو بَكْرٍ الأعمَش: يَنْبَغي أنْ يجوزَ بالاتّفاقِ.

وقال أبو بَكْرٍ الإسكاف: يَنْبَغي أنْ لا يجوزَ بالاتّفاقِ.

---

(١) في المخطوط: «القاضي».
(٢) في المخطوط: «يقسمه بين».
(٣) في المخطوط: «خالصًا».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «السبع».
(٦) في المخطوط: «ملك المكفن».

فصل

وَأمّا الصّدَقةُ إذا قال داري هذِه في المَساكينِ صَدَقةٌ تَصَدَّقَ بثَمَنِها، وإنْ تَصَدَّقَ بعَيْنِها جازَ؛ لأنّ النّاذِرَ بالنّذْرِ يَتَقَرَّبُ إلى الله تعالى بالمَنْذورِ به، ومعنى القُرْبةِ يَحْصُلُ بالتّصَدُّقِ بثَمَنِ الدّارِ.

ولو تَصَدَّقَ بعَيْنِ الدّارِ جازَ؛ لأنه أدّى المَنْصوصَ عليه، ولو قال: داري هذِه صَدَقةٌ موقوفةٌ على المَساكينِ، تَصَدَّقَ بالسُّكْنَى والغَلّةِ عند أبي حنيفةَ؛ لأنّ المَنْذورَ به صَدَقةٌ موقوفةٌ، والوقْفُ حَبْسُ الأصلِ وتَصَدُّقٌ بالفرْعِ، ولو قال: [مالي] في المَساكينِ صَدَقة، تَصَدَّقَ بكُلِّ مالٍ تَجِبُ فيه الزَّكاةُ استحسانًا، والقياسُ أنْ يَتَصَدَّقَ بالكُلِّ؛ لأنّ اسمَ المالِ يَنْطَلِقُ على الكُلِّ.

وجه الاستحسانِ أنّ إيجابَ العبدِ مُعْتَبَرٌ بإيجابِ الله تعالى، ثم إيجابِ الصّدَقةِ المُتَعَلِّقةِ باسمِ اللَّه [(1)] من الله تعالى في قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة:١٠٣] ونحوُ ذلك تُصْرَفُ [(2)] إلى بعضِ الأموالِ دونَ الكُلِّ، فكذا إيجابُ العبدِ.

ولو قال: ما أملِكُه [(3)] فهو صَدَقةٌ، تَصَدَّقَ بجميعِ مالِه، ويُقال له: أمسِكْ قدرَ ما تُنْفِقُه على نفسِك وعيالِك إلى أنْ تكْتَسِبَ مالاً، فإذا اكتَسَبْتَ مالاً تَصَدَّقْت بمثلِ ما أمسَكْت لِنفسِك؛ لأنّه أضافَ الصّدَقةَ إلى المملوكِ، وجميعُ مالِه مملوكٌ له فيَتَصَدَّقُ بالجميعِ، إلاّ أنّه يُقالُ له: أمسِكْ قدرَ النّفَقةِ، لأنّه لو تَصَدَّقَ بالكُلِّ على غيرِه لاحتاجَ إلى أنْ يَتَصَدَّقَ غيرُه عليه، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «ابْدَأ بنفسِك ثم بمن تَعُولُ» واللَّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

* * *

(١) في المخطوط: «المال».

(٢) في المخطوط: «انصرف».

(٣) في المخطوط: «أملك».



كتاب الدعوى



كتاب الدعوى

الكَلامُ في هذا الكِتابِ [يَقَعُ] [١] في مَواضِعَ:

في بيانِ رُكْنِ الدَّعْوَى.

وفي بيانِ شَرائطِ الرُّكْنِ.

وفي بيانِ حَدِّ المُدَّعي والمُدَّعَى عليه.

وفي بيانِ حُكْمِ الدَّعْوَى وما يَتَّصِلُ به.

وفي بيانِ حُجَّةِ المُدَّعي والمُدَّعَى عليه.

وفي بيانِ عَلائقِ اليَمينِ [٢].

وفي بيانِ ما تَنْدَفِعُ به الخُصومةُ عن المُدَّعَى عليه ويخرجُ عن كونِه خَصْمًا.

وفي بيانِ حُكْمِ تَعارُضِ الدَّعْوَتَيْنِ مع تَعارُضِ البَيِّنَتَيْنِ وحُكْمِ تَعارُضِ الدَّعْوَى لا غيرَ.

وفي بيانِ حُكْمِ المِلْكِ والحقِّ الثّابِتِ في المَحَلِّ.

(أمّا) رُكْنُ الدَّعْوَى فهو قولُ الرّجلِ لي على فُلانٍ أو قِبَل فُلانٍ كذا أو قَضَيْتُ حَقَّ فُلانٍ أو أبرَأني عن حَقِّه ونحوُ ذلك فإذا قال ذلك فقد تَمَّ الرُّكْنُ.

فصل [في الشرائط المصححة للدعوى]

وَأمّا الشَّرائطُ المُصَحِّحةُ لِلدَّعْوَى فأنْواعٌ منها عَقْلُ المُدَّعي والمُدَّعَى عليه فلا تَصِحُّ دَعْوَى المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يَعْقِلُ وكذا لا تَصِحُّ الدَّعْوَى عليهما حتى لا يَلْزَمَ الجوابُ ولا تُسْمَعُ البَيِّنةُ لأنّهما مَبنيّانِ على الدَّعْوَى الصّحيحةِ.

ومنها: أنْ يكونَ المُدَّعَى مَعْلومًا لِتَعَذُّرِ الشَّهادةِ والقَضاءِ بالمجهولِ والعِلْمُ بالمُدَّعَى إنّما يَحْصُلُ (بأحدِ أمرَيْنِ) [٣] إمّا الإشارةُفي المخطوط: «بالإشارة». وإمّا التّسْميةُ.

وجُمْلةُ الكَلامِ فيه أنّ المُدَّعَى لا يخلو إمّا أنْ يكونَ عَيْنًا وإمّا أنْ يكونَ دَيْنًا فإنْ كان عَيْنًا

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «حجتهما».

(٣) في المخطوط: «بأمرين».

فلا يخلو إمّا (إنْ كان) (١) مُختَمِلاً لِلنّقْلِ أو لم يَكُنْ مُختَمِلاً لِلنّقْلِ فإنْ كان مُختَمِلاً لِلنّقْلِ فلا بُدَّ من إحضارِه لِتُمْكِنَ الإشارةُ إليه عند الدَّعْوَى والشَّهادةِ فيَصيرُ مَعْلومًا بها إلاّ إذا تَعذَّرَ نَقْلُه كحَجَرِ الرَّحَى ونحوِه فإنْ شاء القاضي استَحْضرَه وإنْ شاء بَعَثَ إليه أمينًا وإنْ لم يَكُنْ مُحْتَمِلاً لِلنّقْلِ وهو العَقارُ فلا بُدَّ من بيانِ حَدِّه ليكونَ (٢) مَعْلومًا؛ لأنّ العَقارَ لا يَصيرُ مَعْلومًا إلاّ بالتّحْديدِ ثم لا خلافَ في أنّه لا يُكْتَفَى فيه بذِكْرِ حَدٍّ واحدٍ وكذا بذِكْرِ حَدَّيْنِ عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ (خلافًا لأبي يوسفَ) (٣).

وهَلْ تَقَعُ الكِفايةُ بذكرِ ثلاثةِ حُدودٍ قال عُلَماؤُنا الثّلاثةُ رضي الله عنهم نَعَمْ وقال زُفَرُ رضي الله عنه لا وهي مسألةُ كِتابِ الشُّروطِ وكذا لا بُدَّ من بيانِ موضِعِ المَحْدودِ وبَلَدِه لِيَصيرَ مَعْلومًا.

هذا إذا كان المُدَّعَى عَيْنًا فإنْ كان دَيْنًا فلا بُدَّ من بيانِ جنسِه ونوعِه وقدرِه وصِفَتِه؛ لأنّ الدَّيْنَ لا يَصيرُ مَعْلومًا إلاّ ببيانِ هذِه الأشياءِ.

ومنها: أنْ يَذْكُرَ المُدَّعي في دَعْوَى العَقارِ أنّه في يَدِ المُدَّعَى عليه؛ لأنّ الدَّعْوَى لا بُدَّ وأنْ تكونَ على خَصْمٍ والمُدَّعَى عليه إنّما يَصيرُ خَصْمًا إذا كان بيَدِه فلا بُدَّ وأنْ يَذْكُرَ أنّه في يَدِه لِيَصيرَ خَصْمًا فإذا ذَكَرَ وأنْكرَ المُدَّعَى عليه ولا بَيِّنَةَ للمُدَّعي فإنّه يَحْلِفُ من غيرِ الحاجةِ إلى إقامةِ البَيِّنةِ من المُدَّعي على أنّه في يَدِ المُدَّعَى عليه ولو كان له بَيِّنةٌ لا تُسْمَعُ حتى يُقيمَ البَيِّنةَ على أنّه في يَدِ هذا المُدَّعَى عليه ووجه الفرْقِ أنّ من الجائزِ أنْ يكونَ صاحبُ اليَدِ غيرَه واصْطَلَحا على ذلك فلو سَمِعَ القاضي بَيِّنَتَه لَكان قَضاءً على الغائبِ وهذا المعنى هنا مُتَعَذِّرٌ لأنّه لا قَضاءَ هنا أصلاً؛ لأنّ المُدَّعَى عليه لا يخلو إمّا أنْ يَحْلِفَ وإمّا أنْ يَنْكُلَ فإنْ [٤/ ٦٢ب] حَلَفَ فالأمرُ [فيه] (٤) ظاهرٌ وإنْ نَكَلَ فكذا (٥)؛ لأنّ القاضيَ لا يَقْضي بشيءٍ وإنّما يَأمُرُه بأنْ يخرجَ من الدّارِ ويُخَلّيَ بينها وبين المُدَّعي.

ومنها: أنْ يَذْكُرَ أنّه يُطالِبُه به؛ لأنّ حَقَّ الإنسانِ إنّما يجبُ إيفاؤُه بطَلَبه.

ومنها: أنْ يكونَ بلِسانِه عَيْنًا إذا لم يَكُنْ به عُذْرٌ إلاّ إذا رَضيَ [به] (٦) المُدَّعَى عليه

---

(١) في المخطوط: «أن يكون».
(٢) في المخطوط: «ليصير».
(٣) في المخطوط: «وعند أبي يوسف يكتفي».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «فكذلك».
(٦) زيادة من المخطوط.

بِلِسانِ غيرِه عند أبي حنيفة وعندَهما ليس بشرطٍ حتى لو وكَّلَ المُدَّعي بالخُصومةِ من غيرِ عُذْرٍ ولم يَرْضَ به المُدَّعَى عليه لا تَصِحُّ دَعْواه عندَه حتى لا يَلْزَمَ الجوابُ ولا تُسْمع منه البَيِّنةُ وعندَهما تَصِحُّ حتى يَلْزَمَ وتُسْمع (لِما عُلِمَ) [١] في كِتابِ الوكالةِ.

ومنها مجلِسُ الحُكْمِ فلا تُسْمَعُ الدَّعْوَى إلاّ بين يَدَيِ القاضي [٢] كما لا تُسْمَعُ الشَّهادةُ إلاّ بين يَدَيْه.

ومنها حَضْرةُ الخصْمِ فلا تُسْمَعُ الدَّعْوَى والبَيِّنةُ إلاّ على خَصْمٍ حاضِرٍ إلاّ إذا التَمَسَ المُدَّعي بذلك (كِتابًا حُكْميًّا) [٣] للقَضاءِ [به] [٤] فيُجيبُه القاضي إليه فيَكْتُبُ إلى القاضي الذي الغائبُ في بَلَدِه [٥] بما سَمِعَه من الدَّعْوَى والشَّهادةِ ليَقْضيَ عليه وهذا عندَنا.

وعند الشّافعيِّ رحمه الله حَضْرةُ المُدَّعَى عليه ليستْ بشرطٍ لِسَماعِ الدَّعْوَى والبَيِّنةِ والقَضاءِ فيجوزُ القَضاءُ على الغائبِ عندَه وعندَنا لا يجوزُ.

وجه قولِ الشّافعيِّ رحمه الله أنّه ظَهَرَ صِدْقُ المُدَّعي في دَعْواه على الغائبِ بالبَيِّنةِ فيجوزُ القَضاءُ ببَيِّنَتِه قياسًا على الحاضِرِ ودَلالةُ الوصْفِ أنّ دَعْوَى المُدَّعي وإنْ كان خَبَرًا يحتملُ الصِّدْقَ والكذِبَ لَكِنْ يُرَجِّحُ (جانِبُ صِدْقِه على جانِبِ) [٦] الكذِبِ في خَبَرِه بالبَيِّنةِ فيَظْهَرُ [٧] صِدْقُه في دَعْواه كما إذا كان المُدَّعَى عليه حاضِرًا يُحَقِّقُه أنّ المُدَّعَى عليه لا يخلو إمّا أنْ يكونَ مُقِرًّا وإمّا أنْ يكونَ مُنْكِرًا فإنْ كان مُقِرًّا فكان المُدَّعي صادِقًا في دَعْواه فلا حاجةَ إلى القَضاءِ وإنْ كان مُنْكِرًا فظَهَرَ صِدْقُه بالبَيِّنةِ فكان القَضاءُ بالبَيِّنةِ قَضاءً بحُجّةٍ مُظْهِرةٍ للحَقِّ فجازَ.

(ولَنا) ما رُوِيَ عن رَسُولِ الله ﷺ أنّه قال لِسَيِّدِنا عَلِيٍّ رضي الله عنه: «لا تَقْضِ لأحدِ الخصْمَيْنِ ما لم تسمَعْ كلامَ الآخرِ» [٨] نَهاه عليه الصلاة والسلام عن القَضاءِ لأحدِ الخصْمَيْنِ

---

(١) في المخطوط: «والمسألة قد مرَّت».
(٢) في المخطوط: «الحاكم».
(٣) في المخطوط: «الكتابي الحكمي».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «ببلده».
(٦) في المخطوط: «جنبة الصدق على جنبة».
(٧) في المخطوط: «فظهر».
(٨) حسن: أخرجه أبو داود، كتاب: الأقضية، باب: كيف القضاء، برقم (٣٥٨٢)، والترمذي، كتاب: برقم (١٣٣١)، وأحمد، برقم (١٢٨٤)، وابن حبان (١١/ ٤٥١)، برقم (٥٠٦٥)، والنسائي في الكبرى (٥/ ١١٧)، برقم (٨٤٢٠) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير للألباني، رقم (٤٣٥).

قبلَ سَماعِ كلامِ الآخَرِ والقَضاءُ بالحقِّ للمُدَّعي حالَ غَيْبةِ المُدَّعَى عليه قَضاءٌ لأحدِ الخصْمَيْنِ قبلَ سَماعِ كلامِ الآخَرِ فكان مَنْهيًّا عنه ولأنّ القاضيَ مَأمورٌ بالقَضاءِ بالحقِّ قال الله تبارك وتعالى جَلَّ شأنُه: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾ [ص:٢٦].

(وقال عليه الصلاة والسلام) [١] لِعَمْرِو بنِ العاصِ: «اقْضِ بين هذَيْنِ» قال: أقضِي وأنْتَ حاضِرٌ بَيْننا؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «اقْضِ بينهما بالحقِّ» [٢] والحقُّ اسمٌ للكائنِ الثّابِتِ ولا ثُبوتَ مع احتِمالِ العَدَمِ واحتِمالُ العَدَم ثابِتٌ في البَيِّنةِ لاحتِمالِ الكذِبِ فلم [٣] يَكُنِ الحُكْمُ بالبَيِّنةِ حُكْمًا بالحقِّ فكان يَنْبَغي أنْ لا يجوزَ الحُكْمُ بها أصلاً إلاّ أنّها جُعِلَتْ حُجّةً لِضرورةِ فصلِ الخُصوماتِ والمُنازَعاتِ ولم يَظْهَرْ حالةَ الغَيْبةِ وقد خَرَجَ الجوابُ عن كلامِه.

ثم إنّما لا يجوزُ القَضاءُ عندَنا على الغائبِ إذا لم يَكُنْ عنه خَصْمٌ حاضِرٌ فإنْ كان يجوزُ لأنّه يكونُ قَضاءً على الحاضِرِ حَقيقةً ومَعْنًى والخصْمُ الحاضِرُ الوكيلُ والوصيُّ والوارِثُ ومَنْ كان بينه وبين الغائبِ اتِّصالٌ فيما وقَعَ فيه الدَّعْوَى؛ لأنّ الوكيلَ والوصيَّ نائبانِ عنه بصَريحِ النّيابةِ [٤] والوارِثُ نائبٌ عنه شرعًا وحَضْرةُ النّائبِ كحَضْرةِ المَنوبِ عنه فلا يكونُ قَضاءً على الغائبِ مَعْنًى.

وكذا إذا كان بين الحاضِرِ والغائبِ اتِّصالٌ فيما وقَعَ فيه الدَّعْوَى بأنْ كان ذلك سببًا لِثُبوتِ حَقِّ الغائبِ؛ لأنّ الحاضِرَ يَصيرُ مُدَّعًى عليه فيما هو حَقُّه ومن ضرورةِ ثُبوتِ حَقِّه ثُبوتُ حَقِّ الغائبِ فكان الكُلُّ (حَقَّ الحاضِرِ) [٥]؛ لأنّ كُلَّ ما كان من ضروراتِ الشّيءِ كان مُلْحَقًا به فيكونُ قَضاءً على الحاضِرِ حتى إنّ مَنِ ادَّعَى على آخَرَ أنّه أخوه ولم يَدَّعِ ميراثًا ولا نَفَقةً لا تُسْمَعُ دَعْواه لأنّه دَعْوَى على الغائبِ لأنّه يُريدُ إثْباتَ نَسَبه من أبِ المُدَّعَى عليه وأُمِّه وهما غائبانِ وليس عنهما خَصْمٌ حاضِرٌ لأنّه لم توجَدِ الإنابةُ ولا حَقَّ

---

(١) في المخطوط: «وروي عن النبي ﷺ أنه قال».
(٢) أخرجه أحمد، برقم (١٧٣٦٩)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٩٩)، برقم (٧٠٠٤)، وعبد بن حميد في مسنده (١/ ١٢٠)، برقم (٢٩٢) من حديث عمرو بن العاص رضي الله عنه.
(٣) في المخطوط: «فإن لم».
(٤) في المخطوط: «الإنابة».
(٥) في المخطوط: «حقًّا للحاضر».

يَقْضي به على الوارِثِ ليكونَ ثُبوتُ النّسَبِ من الغائبِ من ضروراتِه تَبَعًا له [فلا تُسْمَعُ دَعْواه أصلًا] (١).

ولو ادَّعَى عليه ميراثًا أو نَفَقةً عند الحاجةِ تُسْمَعُ دَعْواه وتُقْبَلُ بَيِّنَتُه لأنّه دَعْوَى حَقٍّ مُسْتَحَقٍّ على الحاضِرِ وهو المالُ ولا يُمْكِنُه إثْباتُه إلاّ بإثْباتِ نَسَبه من الغائبِ فيُنَصَّبُ (٢) خَصْمًا عن الغائبِ ضرورةَ ثُبوتِ الحقِّ المُسْتَحَقِّ تَبَعًا له ولِهذا لو أقَرَّ بالنّسَبِ من غيرِ دَعْوَى المالِ لا يَصِحُّ إقرارُه [٤/ ٦٣أ] بخلافِ ما لو ادَّعَى على رجلٍ أنّه أبوه أو ابنُه أنّه يَصِحُّ من غيرِ دَعْوَى المالِ الحاضِرِ؛ لأنّه ليس فيه حَمْلُ نَسَبِ الغيرِ على الغيرِ فكان دَعْوَى على الحاضِرِ ألا تَرَى أنّه لو أقَرَّ به يَصِحُّ إقرارُه بخلافِ الإقرارِ بالأُخوّةِ.

وعلى هذا (تُخرّج المَسائلُ) (٣) المُخَمَّسةُ وتَوابِعُها على ما نَذْكُرُها في موضِعِها إنْ شاء الله تعالى.

ومنها عَدَمُ التّناقُضِ في الدَّعْوَى وهو أنْ لا يَسْبِقَ منه ما يُناقِضُ دَعْواه لاستِحالةِ وُجودِ الشّيءِ مع ما يُناقِضُه ويُنافيه حتى لو أقَرَّ بعَيْنٍ في يَدِه لِرجلٍ فأمَرَ القاضي بدَفْعِها إليه ثم ادَّعَى أنّه كان اشتراها منه قبلَ ذلك لا تُسْمَعُ دَعْواه؛ لأنّ إقرارَه بالمِلْكِ لِغيرِه للحالِ يَمْنَعُ الشِّراءَ منه قبلَ ذلك؛ لأنّ الشِّراءَ يوجِبُ المِلْكَ للمُشتري فكان مُناقِضًا للإقرارِ والإقرارُ يُناقِضُه فلا يَصِحُّ.

وكذا لو لم يُقِرَّ و[لكن] (٤) نَكَلَ عن اليَمينِ فقُضِيَ عليه بنُكولِه ثم ادَّعَى أنّه كان اشتراه منه قبلَ ذلك لا تُسْمَعُ دَعْواه ولا تُقْبَلُ بَيِّنَتُه في ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأنّ النُّكولَ بمنزِلةِ الإقرارِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه تُسْمَعُ دَعْواه وتُقْبَلُ بَيِّنَتُه هذا إذا ادَّعَى أنّه اشتراه منه قبلَ الإقرارِ والنُّكولِ فأمّا إذا ادَّعَى أنّه اشتراه منه بعدَ ذلك تُسْمَعُ دَعْواه بلا خلافٍ؛ لأنّ الإقرارَ بالمِلْكِ لِفُلانٍ لا يَمْنَعُ الشِّراءَ منه بعدَ ذلك لانعِدامِ التّناقُضِ لاختِلافِ الزَّمانِ.

ولو قال هذا لِفُلانٍ اشتريْته منه تُسْمَعُ منه موصولاً قال ذلك أو مَفصولاً لأنّه لم يَسْبِقْ منه ما يُناقِضُ الدَّعْوَى بل سَبَقَ منه ما يُقَرِّرُها؛ لأنّ سابِقةَ المِلْكِ لِفُلانٍ شرطُ تَحقُّقِ الشِّراءِ منه.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فينتصب».
(٣) في المخطوط: «يخرج المسألة».
(٤) زيادة من المخطوط.

ولو قال هذا العبدُ لِفُلانٍ اشتريْتُه منه موصولاً فالقياسُ أنْ لا تَصِحَّ دَعْواه وفي الاستحسانِ تَصِحُّ ولو قال ذلك مَفْصولاً لا تَصِحُّ قياسًا واستحسانًا.

وجه القياس أنّ قوله هو لِفُلانٍ إقرارٌ منه بكَوْنِه مِلْكًا لِفُلانٍ (١) في الحالِ فهذا يُناقِضُ دَعْوَى الشِّراءِ؛ لأنّ الشِّراءَ يوجِبُ كونَه مِلْكًا للمُشتري فلا يَصِحُّ كما إذا قال مَفْصولاً.

وجه الاستحسانِ أنّ قوله هو لِفُلانٍ اشتريْته منه موصولاً مَعْناه في مُتَعارَفِ النّاس وعاداتِهم أنّه كان لِفُلانٍ فاشتريْتُه منه قال الله عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَٱذْكُرُوٓاْ إِذْ أَنتُمْ قَلِيلٌ مُّسْتَضْعَفُونَ فِى ٱلْأَرْضِ﴾ [الأنفال:٢٦] أي إذْ كُنْتُمْ قليلاً إذْ لم يكونوا (٢) قليلاً وقتَ نُزولِ الآيةِ الشَّريفةِ فيُحْمَلُ عليه تَصْحيحًا له ولا عادةَ جَرَتْ بذلك في المَفْصولِ فحُمِلَ على حَقيقَتِه وهو بحَقيقَتِه مُناقَضةٌ فلا تُسْمَعُ (٣).

هذا إذا بَيَّنَ أنّه اشتراه قبلَ الإقرارِ فإنْ بَيَّنَ أنّه اشتراه بعدَه (٤) تُسْمَعُ دَعْواه لانعِدامِ التّناقُضِ على ما بَيَّنّا وكذلك لو لم يُبَيِّنْ وادَّعَى الشِّراءَ مُبْهَمًا بثَمَنٍ مَعْلومٍ تُسْمَعُ لأنّه لَمّا لم يَذْكُرِ الوقْتَ يُحْمَلُ على الحالِ تَصْحيحًا له.

هذا إذا قال هذا الشّيءُ لِفُلانٍ ولم يَقُلْ لا حَقَّ لي فيه فإنْ قال لا حَقَّ لي فيه ثم ادَّعَى الشِّراءَ بعدَ ذلك لا تُسْمَعُ دَعْواه؛ لأنّ قوله لا حَقَّ لي فيه لِتَأكيدِ البَراءةِ إلاّ إذا تَبَيَّنَ أنّه اشتراه بعدَ الإقرارِ فتُسْمَعُ لِما قُلْنا.

ولو ادَّعَى على رجلٍ دَيْنًا فقال المُدَّعَى عليه لم يَكُنْ لَك عَلَيَّ شيءٌ قَطُّ فأقامَ المُدَّعي البَيِّنةَ وقَضَى القاضي بذلك ثم أقامَ المُدَّعَى عليه البَيِّنةَ أنّه كان قد (٥) قَضاه [إيّاه] (٦) تُسْمَعُ (٧) دَعْواه وتُقْبَلُ بَيِّنَته لِجوازِ أنّه لم يَكُنْ عليه شيءٌ وإنّما قَضاه إيّاه لَدَفْعِ الدَّعْوَى الباطِلةِ.

ولو قال لم يَكُنْ لَك عَلَيَّ شيءٌ ولا أعرِفُكَ فأقامَ المُدَّعي البَيِّنةَ وقَضَى القاضي ببَيِّنَتِه ثم أقامَ المُدَّعَى عليه البَيِّنةَ أنّه كان قَضاه [إياه] (٨) لا تُسْمَعُ دَعْواه ولا تُقْبَلُ بَيِّنَته؛ لأنّ قوله لا

---

(١) في المخطوط: «له».
(٢) في المخطوط: «تكونوا».
(٣) في المخطوط: «يسمع هذا».
(٤) في المخطوط: «بعد الإقرار».
(٥) في المخطوط: «لكن».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «يسمع».
(٨) زيادة من المخطوط.

أعرِفُكَ يُناقِضُ دَعْوَى القَضاءِ؛ لأنّ الظّاهرَ أنّه لا يَقْضي إلاّ بعدَ معرفَتِهِ إيّاه فكان في دَعْوَى القَضاءِ مُناقِضًا فلا تُسْمَعُ [وذكر في غير هذه النسخة عن القدوري أنه قال: تقبل بينة لأنه يحتمل لأنه عامل وكيله وأوفاه] (١).

ولو ادَّعَى على رجلٍ أنّه اشترى منه عبدًا بعَيْنِه والعبدُ في يَدِ البائعِ فأنْكَرَ البائعُ البيعَ فأقامَ المُشتري البَيِّنَةَ وقَضَى القاضي به ثم وجَدَ به عَيْبًا فأرادَ أنْ يَرُدَّه على البائعِ فأقامَ البائعُ البَيِّنَةَ على أنّ المُشتريَ كان أبرَأه عن كُلِّ عَيْبٍ لم تُسْمَعْ دَعْواه ولا تُقْبَلُ بَيِّنَتُه؛ لأنّ إنْكارَ البيعِ يُناقِضُ دَعْوَى الإبْراءِ عن العَيْبِ؛ لأنّ الإبْراءَ يَقْتَضي وُجودَ البيعِ فكان مُناقِضًا في دَعْوَى الإبْراءِ فلا تُسْمَعُ وعلى هذا مَسائلُ:

والأصلُ في هذا البابِ أنّه إذا سَبَقَ من المُدَّعي ما يُناقِضُ دَعْواه يَمْنَعُ صِحّةَ الدَّعْوَى إلاّ في النّسَبِ والعِتْقِ فإنّ التّناقُضَ فيهما غيرُ مُعْتَبَرٍ بأنْ قال لِمجهولِ النّسَبِ هو ابني من الزِّنا ثم قال هو ابني من النِّكاح تُسْمَعُ دَعْواه وكذا مجهولُ [٤/ ٦٣ب] النّسَبِ إذا أقَرَّ بالرِّقِّ لِرجلٍ ثم ادَّعَى أنّه حُرُّ الأصلِ تُسْمَعُ دَعْواه حتى تُقْبَلَ بَيِّنَتُه؛ لأنّ بيانَ النّسَبِ مَبنيٌّ (٢) على أمرٍ خَفيٍّ وهو العُلوقُ منه إذْ هو مِمّا يَغْلِبُ خَفاؤُه على النّاس فالتّناقُضُ في مثلِه غيرُ مُعْتَبَرٍ كما إذا اختَلَعَتِ امرأةٌ زَوْجَها على مالٍ ثم ادَّعَتْ أنّه كان طَلَّقَها ثلاثًا قبلَ الخُلْعِ وأقامَتِ البَيِّنَةَ على ذلك تُسْمَعُ دَعْواها وتُقْبَلُ بَيِّنَتُها لَما قُلْنا كذا هذا وكذا الرِّقُّ والحُرِّيّةُ.

ومنها أنْ يكونَ المُدَّعَى مِمّا يُحْتَمَلُ لِلثُّبوتِ؛ لأنّ دَعْوَى ما يَسْتَحيلُ وُجودُه حَقيقةً أو عادةً تكونُ دَعْوَى كاذِبةً حتى لو قال لِمَنْ لا يولَدُ مثلُه لِمثلِه هذا ابني لا تُسْمَعُ دَعْواه لاستِحالةِ أنْ يكونَ الأكبَرُ سِنًّا ابنًا لِمَنْ هو أصغَرُ سِنًّا منه وكذا إذا قال لِمَعْروفِ النّسَبِ من الغيرِ هذا ابني واللّه تعالى أعلمُ.

فصل [في بيان حد المدعي والمدعى عليه]

وَأمّا بيانُ حَدِّ المُدَّعي والمُدَّعَى عليه فقد اختَلَفَتْ عِباراتُ المَشايخِ في تَحْديدِهما قال بعضُهم المُدَّعي مَنْ إذا تَرَكَ الخُصومةَ لا يُجْبَرُ عليها والمُدَّعَى عليه مَنْ إذا تَرَكَ الجوابَ يُجْبَرُ عليه.

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) في المخطوط: «يبني».

وقال بعضهم المُدَّعي مَنْ يَلْتَمِسُ قِبَلَ غيرِه لِنفسِه عَيْنًا أو دَيْنًا أو حَقًّا والمُدَّعَى عليه من يَدْفَعُ ذلك عن نفسِه.

وقال بعضهم يُنْظَرُ إلى المُتَخاصِمَيْنِ أيُّهما كان مُنْكِرًا فالآخَرُ يكونُ مُدَّعِيًا.

وقال بعضهم [المُدَّعي] [١] مَنْ يُخْبِرُ عَمّا في يَدِ غيرِه لِنفسِه والمُدَّعَى عليه مَنْ يُخْبِرُ عَمّا في يَدِ نفسِه لِنفسِه.

فيَنْفَصِلانِ بذلك عن الشّاهِدِ والمُقِرِّ والشّاهدُ مَنْ يُخْبِرُ عَمّا في يَدِ غيرِه لِغيرِه والمُقِرُّ مَنْ يُخْبِرُ عَمّا في يَدِ نفسِه لِغيرِه.

فصل [في بيان حكم الدعوى]

وَأمّا بيانُ حُكْمِ الدَّعْوَى وما يَتَّصِلُ به فحُكْمُها وُجوبُ الجوابِ على المُدَّعَى عليه؛ لأنّ قَطْعَ الخُصومةِ والمُنازَعةِ واجبٌ ولا يُمْكِن القَطْعُ إلاّ بالجوابِ فكان واجبًا وهَلْ يَسْألُه القاضي الجوابَ قبلَ طَلَبِ المُدَّعي ذَكَرَ في أدَبِ القاضي أنّه يَسْألُه وذَكَرَ في الزّياداتِ أنّه لا يَسْألُه ما لم يَقُلِ المُدَّعي اسأله [٢] عن دَعْوايَ وعلى هذا إذا تَقَدَّمَ الخصْمانِ إلى القاضي هَلْ يَسْألُ المُدَّعيَ عن دَعْواه في أدَبِ القاضي أنّه يَسْألُه وفي الزّياداتِ أنّه لا يَسْألُه ويُعْرَفُ ذلك في كِتابِ أدَبِ القاضي وسَيأتي.

وإذا وجَبَ الجوابُ على المُدَّعَى عليه فإمّا إنْ أقَرَّ أو سَكَتَ أو أنْكَرَ فإنْ أقَرَّ يُؤمَرُ بالدَّفْعِ إلى المُدَّعي لِظُهورِ صِدْقِ دَعْواه وإنْ أنْكَرَ فإنْ كان للمُدَّعي بَيِّنةٌ أقامَها ولو قال لا بَيِّنةَ لي ثم جاءَ بالبَيِّنةِ هَلْ تُقْبَل رَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ رَحِمَهما الله تعالى أنّها تُقْبَلُ، و[روي] [٣] عن محمّدٍ أنّها لا تُقْبَل.

وجه قولِ [٤] محمّدٍ أنّ قوله لا بَيِّنةَ لي إقرارٌ على نفسِه والإنسانُ لا يُتَّهَمُ في إقرارِه [٥] على نفسِه فالإتْيانُ بالبَيِّنةِ بعدَ ذلك رُجوعٌ عَمّا أقَرَّ به فلا يَصِحُّ.

وجه (رِوايةِ الحسَنِ) [٦] عن أبي حنيفةَ أنّ من الجائزِ أنْ تكونَ له بَيِّنةٌ لم يَعْلمها

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «سله».

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) في المخطوط: «ما روي عن».

(٥) في المخطوط: «الإقرار».

(٦) في المخطوط: «المروي».

المُدَّعي بأنْ أقرَّ المُدَّعَى عليه بين يَدَيْ هَؤُلاءِ وهو لا يَعْلَمُ به ثم عَلِمَ بعدَ ذلك بها فأمكَنَ التَّوْفيقُ فلا يكونُ الإتْيانُ بالبَيِّنةِ بعدَ ذلك رُجوعًا فتُقْبَلُ وإنْ لم يَكُنْ له بَيِّنةٌ وطَلَب يَمينَ المُدَّعَى عليه يَحْلِفُ فيما يحتملُ التَّحْليفَ فإنْ [١] سَكَتَ عن الجوابِ يَأتي [٢] حُكْمُه [إنْ شاء الله تعالى] [٣] في الفصلِ الذي يَليه.

فصل [في حجة المدعي والمدعى عليه]

وَأمّا [بيان] [٤] حُجّة المُدَّعي والمُدَّعَى عليه فالبَيِّنةُ حُجّةُ المُدَّعي واليَمينُ حُجّةُ المُدَّعَى عليه لِقولِه [٥] عليه الصلاة والسلام: «البَيِّنةُ على المُدَّعِي واليَمِينُ على المُدَّعَى عليهِ» [٦] جعل عليه الصلاة والسلام البَيِّنةَ حُجّةَ المُدَّعي واليَمينَ حُجّةَ المُدَّعَى عليه.

والمَعْقولُ كذلك [يقتضي] [٧]؛ لأنّ المُدَّعيَ يَدَّعي أمرًا خَفيًّا فيَحْتاجُ إلى إظهارِه وللبَيِّنةِ قوّةُ الإظهارِ لأنّها [٨] كلامُ مَنْ ليس بخَصْمٍ فجُعِلَتْ حُجّةُ المُدَّعي واليَمينُ وإنْ كانت مُؤَكَّدةً بذِكْرِ اسمِ الله عَزَّ وجَلَّ لَكِنّها كلامُ الخصْمِ فلا تَصْلُحُ حُجّة مُظْهِرةً للحَقِّ وتَصْلُحُ حُجّة المُدَّعَى عليه لأنّه مُتَمَسِّكٌ بالظّاهرِ وهو ظاهرُ اليَدِ فحاجَتُه إلى استِمْرارِ حُكْمِ الظّاهرِ واليَمينُ وإنْ كانت كلامَ الخصْمِ فهي كافٍ لِلاستِمْرارِ فكان جَعْلُ البَيِّنةِ حُجّةَ المُدَّعي وجَعْلُ اليَمينِ حُجّةَ المُدَّعَى عليه وضْعَ الشّيءِ في موضِعِه وهو [٩] حَدُّ الحِكْمةِ.

وعلى هذا يُخَرَّج القَضاءُ بشاهدٍ واحدٍ ويَمينٍ [من] [١٠] المُدَّعي أنّه لا يجوزُ عندَنا [١١] خلافًا لِلشّافعيِّ رحمه الله [١٢].

---

(١) في المخطوط: «على ما نذكر وإن لم يقر ولم ينكر ولكنه».
(٢) في المخطوط: «فنذكر».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «للحديث المشهور عن رسول الله ﷺ أنه قال».
(٦) صحيح: أخرجه الترمذي، كتاب: الأحكام، باب: ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، برقم (١٣٤١)، والدارقطني (٣/ ١١١)، برقم (٩٩)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ١٢٣) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، انظر إرواء الغليل للألباني، رقم (٢٦٦١).
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) في المخطوط: «لأنه».
(٩) في المخطوط: «هذا».
(١٠) ليست في المخطوط.
(١١) انظر في مذهب الحنفية: رؤوس المسائل ص (٥٣٥)، مختصر الطحاوى ص (٣٣٣).
(١٢) وفي بيان مذهب الشافعية (يجوز القضاء بشاهد ويمين)، انظر: الأم (٦/ ٢٣٥)، المنهاج (ص١٥٤)، المهذب (٢/ ٣٣٥).

[و] (١) احتَجَّ بما رُوِيَ عن رَسُولِ الله ﷺ أنّه قَضَى بشاهِدٍ ويَمِينٍ (٢) ولأنّ الشَّهادةَ إنّما كانت حُجّةَ المُدَّعي لِكَوْنِها مُرَجِّحةَ جنبة (٣) الصِّدْقِ على جنبة (٤) الكذِبِ في دَعْواها (٥) الرُّجْحانَ فكَما يَقَعُ بالشَّهادةِ يَقَعُ باليَمينِ فكانت اليَمينُ في كونِها حُجّةً مثلَ البَيِّنةِ فكان يَنْبَغي أنْ يَكْتَفيَ بها إلاّ أنّه ضَمَّ إليها الشَّهادةَ نَفْيًا لِلتُّهْمةِ [٤/ ٦٤أ].

ولَنا الحديثُ المشهورُ والمَعْقولُ ووجه الاستِدْلالِ به (٦) من وجهَيْنِ أحدُهما أنّ النَّبيَّ عليه الصلاة والسلام أوجَبَ اليَمينَ على المُدَّعَى عليه ولو جُعِلَت حُجّةَ المُدَّعي لا تَبْقَى واجبةً على المُدَّعَى عليه وهو خلافُ النّصِّ.

والثّاني أنّه عليه الصلاة والسلام جعل كُلَّ جنسِ اليَمين حُجّةَ المُدَّعَى عليه لأنّه عليه الصلاة والسلام ذَكَرَ اليَمينَ فاللاّمُ (٧) التّعْريفِ فيَقْتَضي استِغْراقَ كُلِّ الجنسِ فلو جُعِلَتْ حُجّةَ المُدَّعي لا يكونُ كُلُّ جنسِ اليَمينِ حُجّةَ المُدَّعَى عليه بل يكونُ من الأيمانِ ما ليس بحُجّةٍ له وهو يَمينُ المُدَّعي وهذا خلافُ النّصِّ.

وأمّا الحديثُ فقد طَعَنَ فيه يَحْيَى بن مَعينٍ وقال لم يَصِحَّ عن رَسولِ الله ﷺ القَضاءُ بشاهِدٍ ويَمينٍ وكذا (٨) رويَ عن الزُّهْريِّ [أنه] (٩) لَمّا سُئِلَ عن اليَمينِ مع الشّاهِدِ فقال بِدْعةٌ وأوّلُ مَنْ قَضَى بهما مُعاويةُ رضي الله عنه وكذا ذَكَرَ ابنُ جُرَيْجٍ عن عَطاءِ بنِ أبي رَباحٍ أنّه قال كان القَضاءُ الأوّلُ أنْ لا يُقْبَلَ إلاّ شاهدانِ وأوّلُ مَنْ قَضَى باليَمينِ مع الشّاهد عبدُ المَلِكِ بنُ مَرْوانَ مع ما أنّه ورَدَ موردَ الآحادِ ومُخالِفًا للمشهورِ فلا يُقْبَلُ وإنْ ثَبَتَ أنّه قَضَى بشاهدٍ ويَمينٍ أمّا ليس فيه أنّه فيه قَضَى.

وقد رُوِيَ عن بعضِ الصّحابةِ أنّه قَضَى بشاهدٍ ويَمينٍ فِي الأمانِ.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) أخرجه مسلم، كتاب: الأقضية، باب: القضاء باليمين والشاهد، برقم (١٧١٢)، وأبو داود، برقم (٣٦٠٨)، والترمذي، برقم (١٣٤٣)، وأحمد، برقم (٢٩٦٢) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.
(٣) في المطبوع: «جنسيّة».
(٤) في المخطوط: «جنسيّة».
(٥) في المخطوط: «دعواه و».
(٦) في المخطوط: «بالحديث».
(٧) في المخطوط: «بلام».
(٨) في المخطوط: «كذلك».
(٩) زيادة من المخطوط.

وعندَنا يجوزُ القَضاءُ في بعضِ أحْكامِ الأمانِ بشاهِدٍ واحدٍ إذا كان عَدْلاً بأنْ شَهِدَ أنّه أمَّنَ هذا الكافِرَ تُقْبَلُ شهادَتُه حتى لا يُقْتَلَ لَكِنْ يُسْتَرَقُّ واليَمينُ من بابِ ما يُحْتاطُ فيه فحُمِلَ (١) على هذا تَوْفيقًا بين الدَّلائلِ صيانةً لها عن التّناقُضِ وبِهذا يَتَبَيَّنُ بُطْلانُ مذهَبِ الشّافعيِّ رحمه الله في رَدِّه اليَمينَ إلى المُدَّعي عند نُكولِ المُدَّعَى عليه؛ لأنّ النّبيَّ عليه الصلاة والسلام (ما جعل) (٢) اليَمينَ حُجّةً إلاّ في جانِبِ المُدَّعَى عليه فالرَّدُّ إلى المُدَّعي يكونُ وضعَ الشّيءِ في غيرِ موضِعِه وهذا (٣) حَدُّ الظُّلْمِ وعلى هذا يُخَرَّج مسألةَ الخارِجِ مع ذي اليَدِ إذا أقاما البَيِّنَةَ أنّه لا تُقْبَل بَيِّنةُ ذي اليَدِ لأنّها جُعِلَتْ حُجّةً للمُدَّعي وذو اليَدِ ليس بمُدَّعٍ بل هو مُدَّعًى عليه فلا تكونُ البَيِّنةُ حُجّةً له فالتَحقَتْ بَيِّنَتُه بالعَدَمِ فخَلَتْ بَيِّنةُ المُدَّعي عن المُعارِضِ فيُعْمَلُ بها وقد تُخَرّج المسألةُ على أصل آخِرٍ نَذْكُرُه في موضِعِه إنْ شاء الله [تعالى] (٤).

وإذا عَرَفْت أنّ البَيِّنَةَ حُجّةُ المُدَّعي واليَمينَ حُجّةُ المُدَّعَى عليه فلا بُدَّ من معرفةِ عَلائقِهِما وعَلائقِ البَيِّنةِ قد مَرَّ ذِكْرُها في كِتابِ الشَّهاداتِ ونَذْكُرُ هنا (٥) عَلائقَ اليَمينِ فنَقولُ وباللّه التّوْفيقُ.

الكَلامُ في اليَمينِ في مَواضِعَ:

في بيانِ أنّ اليَمينَ واجبةٌ.

وفي بيانِ شَرائطِ الوُجوبِ.

وفي بيانِ الوُجوبِ.

وفي بيانِ كيْفيّةِ الوُجوبِ (٦).

وفي بيانِ حُكْمِ أدائه.

وفي بيانِ حُكْمِ الامتِناعِ عن تَحْصيلِ الواجبِ.

أمّا دَليلُ الوُجوبِ فالحديثُ المشهورُ وهو قولُه ﷺ: «البَيِّنةُ على المُدَّعِي واليَمِينُ على

---

(١) في المخطوط: «فيحمل».
(٢) في المخطوط: «لم يجعل».
(٣) في المخطوط: «هو».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «وهاهنا نذكر».
(٦) في المخطوط: «الواجب».

المُدَّعَى عليهِ» [١] و«على» كلِمة إيجاب.

وَأمّا شَرائطُ الوُجوبِ فأنْواعٌ منها الإنْكارُ لأنّها وجَبَتْ للحاجةِ إلى دَفْعِ التُّهْمةِ وهي تُهْمةُ الكذِبِ في الإنْكارِ فإذا كان مُقِرًّا لا حاجةَ؛ لأنّ الإنسانَ لا يُتَّهَم في الإقرارِ على نفسِه.

ثم [٢] الإنْكارُ نوعانِ: نَصٌّ، ودَلالةٌ.

أمّا النّصّ: فهو صَريحُ الإنْكارِ وأمّا الدَّلالةُ فهو السُّكوتُ عن جوابِ المُدَّعي عن [٣] غيرِ آفةٍ؛ لأنّ الدَّعْوَى أوجَبَتِ الجوابَ عليه.

والجوابُ نوعانِ: إقرارٌ وإنْكارٌ فلا بُدَّ من حَمْلِ السُّكوتِ على أحدِهما والحمْلُ على الإنْكارِ أولى؛ لأنّ العاقِلَ المُتَدَيِّنَ لا يَسْكُتُ عن [٤] إظهارِ الحقِّ المُسْتَحَقِّ لِغيرِه مع قُدْرَتِه عليه وقد يَسْكُتُ عن (إظهارِ الحقِّ) [٥] لِنفسِه مع قُدْرَتِه عليه فكان حَمْلُ السُّكوتِ على الإنْكارِ أولى فكان السُّكوتُ إنْكارًا دَلالةً.

ولو لم (يَسْكُتِ المُدَّعَى عليه ولم يُقِرَّ) [٦] ولَكِنّه قال لا أُقِرُّ ولا أُنْكِرُ و[لكنه] [٧] أصَرَّ على ذلك اختَلَفَ المَشايِخُ فيه قال بعضُهم هذا إنْكارٌ وقال بعضُهم هذا إقرارٌ والأوّلُ أشْبَه؛ لأنّ قوله [لا أقر و] [٨] لا أُنْكِرُ إخْبارٌ عن السُّكوتِ عن الجوابِ والسُّكوتُ إنْكارٌ على ما مَرَّ.

ومنها: الطَّلَبُ من المُدَّعي لأنّها وجَبَتْ على المُدَّعَى عليه حَقًّا للمُدَّعي وحَقُّ الإنسانِ قِبَلَ غيرِه واجبَ الإيفاءِ عند طَلَبه.

ومنها: عَدَمُ البَيِّنةِ الحاضِرةِ عند أبي حنيفةَ وعندَهما ليس بشرطٍ حتى لو قال المُدَّعي لي بَيِّنةٌ حاضِرةٌ ثم أرادَ أنْ يُحَلِّفَ المُدَّعَى عليه ليس له ذلك عندَه وعندَهما له ذلك.

وجه قولِهما: أنّ اليَمينَ حُجّةُ [٩] المُدَّعي كالبَيِّنةِ ولِهذا لا تَجِبُ إلاّ عند طَلَبه فكان له

---

(١) سبق تخريجه قريبًا.
(٢) في المخطوط: «و».
(٣) في المخطوط: «من».
(٤) في المخطوط: «عند».
(٥) في المخطوط: «إظهاره».
(٦) في المخطوط: «ينكر».
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) زيادة من المخطوط.
(٩) في المخطوط: «حق».

وِلايةُ استيفاءِ أيِّهما شاء.

ولأبي حنيفةَ أنّ البيِّنةَ في كونِها حُجّةَ المُدَّعي كالأصلِ لِكَوْنِها كلامَ غيرِ الخصْمِ واليَمينُ كالخلْفِ عليها [1] لِكَوْنِها كلامَ الخصْمِ فلِهذا [2] لو أقامَ البيِّنةَ ثم أرادَ استحلافَ المُدَّعَى عليه ليس له ذلك والقُدْرةُ على الأصلِ تمنَعُ [٤/ ٦٤ب] المَصيرَ إلى الخلْفِ.

ومنها: أنْ لا يكونَ (المُدَّعَى حَقًّا لِلَّه عَزَّ وجَلَّ) [3] خالصًا فلا يجوزُ الاستحلافُ في الحُدودِ الخالصةِ حَقًّا لِلَّه عَزَّ وجَلَّ كحَدِّ الزِّنا والسَّرِقةِ والشُّرْبِ؛ لأنّ الاستحلافَ لأجلِ النُّكولِ ولا يُقْضَى بالنُّكولِ في الحُدودِ الخالصةِ لأنّه بَذْلٌ عند أبي حنيفةَ رحمه الله وعندَهما إقرارٌ فيه شُبْهةُ العَدَمِ والحُدودُ لا تحتملُ البَذْلَ ولا تَثْبُتُ بدَليلٍ فيه شُبْهةٌ لِهذا [4] لا تَثْبُتُ بشهادةِ النِّساءِ والشَّهادةِ على الشَّهادةِ إلاّ [أنّ] [5] في السَّرِقةِ يَحْلِفُ على أخْذِ المالِ وكذا لا يَمينَ في اللِّعانِ لأنّه جارٍ مجرَى الحدِّ.

وأما حدُّ القَذْفِ: فيجْري فيه الاستحلافُ في ظاهرِ الرِّوايةِ لأنّه ليس من [الحُدودِ] [6] المُتَمَحِّضةِ حَقًّا لِلَّه تعالى بل يَشوبُه حَقُّ العبدِ فأشبَهَ التَّعْزيرَ وفي التَّعْزيرِ يَحْلِفُ كذا هذا ويجْري الاستحلافُ في القِصاصِ في النَّفْسِ والطَّرَفِ؛ لأنّ القِصاصَ خالصُ حَقِّ العبدِ.

ومنها: أنْ يكونَ المُدَّعَى (مُحْتَمِلاً للإقرارِ) [7] به شرعًا بأنْ كان لو أقَرَّ به لَصَحَّ إقرارُه به فإنْ لم يَكُنْ لم يجْرِ فيه الاستحلافُ حتى إنّ مَنِ ادَّعَى على رجلٍ أنّه أخوه ولم يَدَّعِ في يَدِه ميراثًا فأنْكَرَ لا يَحْلِفُ؛ لأنّه لو أقَرَّ له بالأُخوّةِ لم يجُزْ إقرارُه لِكَوْنِه إقرارًا على غيرِه وهو أبوه.

ولو ادَّعَى أنّه أخوه وأنّ في يَدِه مالاً من تَركةِ أبيه وهو [8] مُسْتَحِقٌّ لِنصفِه بإرْثِه من أبيه فأنْكَرَ يَحْلِفُ لأجلِ الميراثِ لا للأُخوَّةِ؛ لأنّه لو أقَرَّ أنّه أخوه صَحَّ إقرارُه في حَقِّ الإرْثِ حتى يُؤْمَرَ بتسليمِ نصفِ الميراثِ إليه ولم يَصِحَّ في حَقِّ النَّسَبِ حتى لا يُقْضَى بأنّه أخوه.

وعلى هذا: عبدٌ في يَدِ رجلٍ ادَّعاه رجلانِ، فأقَرَّ به لأحدِهما وسَلَّمَ القاضي العبدَ إليه،

---

(١) في المخطوط: «عنها».
(٢) في المخطوط: «ولهذا».
(٣) في المخطوط: «المدعى عليه حق الله تعالى».
(٤) في المخطوط: «ولهذا».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «عليه مما يحتمل الإقرار».
(٨) في المخطوط: «وأنه».

فقال الآخرُ: لا بَيِّنَةَ لي وطَلَب من القاضي تَحْليفَ المُقِرِّ لا يُحَلِّفُه [١] في عَيْنِ العبدِ؛ لأنه لو أقَرَّ به لَكان إقرارُه باطِلاً فإذا أنْكَرَ لا يُحَلَّفُ إلاّ أنْ يقولَ الذي لم يُقِرَّ له: إنّك أتْلَفت عَلَيَّ العبدَ بإقرارِك به لِغيري فاضْمَنْ [٢] قيمَتَه لي يَحْلِفُ المُقِرُّ باللّه تعالى ما عليه رَدُّ قيمةِ ذلك العبدِ على هذا المُدَّعي ولا رَدُّ شيءٍ منها لأنه لو أقَرَّ بإتْلافِه لَصَحَّ وضَمن القيمةَ فإذا أنْكَرَ يَسْتَحْلِفُه.

ولو ادَّعَى علي رجلٌ أنّه زَوّجَه ابنَتَه الصّغيرةَ وأنْكَرَ الأبُ لا يَحْلِفُ عند أبي حنيفةَ رحمه الله لِطريقَيْنِ:

أحدُهما: أنّه لو أقَرَّ به لا يَصِحُّ إقرارُه به عندَه فإذا أنْكَرَ لا يُسْتَحْلَفُ.

والثاني: أنّ الاستحلافَ لا [٣] يجْري في النِّكاح، وعندَهما يجْري، لَكِنْ عند أبي يوسفَ يَحْلِفُ على السَّبَبِ وعند محمّدٍ على الحاصِلِ، والحُكْمُ على ما نَذْكُرُه في موضِعِه.

هذا إذا كانت صَغيرةً عند [٤] الدَّعْوَى فإنْ كانت كبيرةً وادَّعَى أنّ أباها زَوّجَها إيّاه في صِغَرِها لا يَحْلِفُ عند أبي حنيفةَ لِما قُلْنا من الطَّريقَيْنِ وعندَهما لا يَحْلِفُ أيضًا لأحدِ طريقَيْنِ وهو أنّه لو أقَرَّ عليها في الحالِ لا يَصِحُّ إقرارُه ولَكِنْ تَحْلِفُ المَرْأةُ عندَهما لأنّها لو أقَرّتْ لَصَحَّ إقرارُها وعندَهما الاستحلافُ يجْري فيه لَكِنْ عند أبي يوسفَ تَحْلِفُ على السَّبَبِ باللّه عَزَّ وجَلَّ ما تَعْلَمُ أنّ أباها زَوّجَها وهي صَغيرةٌ إلاّ عند التَّعَرُّضِ [٥] فتَحْلِفُ على الحُكْمِ كما قال [٦] محمّدٌ.

ولو ادَّعَتِ امرأةٌ على رجلٍ أنّه زَوّجَها عبدَه فأنْكَرَ المولى لا يَحْلِفُ عند أبي حنيفةَ رحمه الله لِطريقَيْنِ:

أحدُهما: أنّه لو أقَرَّ عليه لا يَصِحُّ إقرارُه.

والثاني: أنّه لا استحلافَ في النّكاح عندَه، وعندَهما لا يَحْلِفُ أيضًا لَكِنْ لِطريقٍ واحدٍ، وهو أنّه لو أقَرَّ عليه لا يَصِحُّ إقرارُه ولو ادَّعَى رجلٌ على رجلٍ أنّه زَوّجَه أمَتَه لا يَحْلِفُ

---

(١) في المخطوط: «يحلف».
(٢) في المخطوط: «فضمنت».
(٣) في المخطوط: «إنما».
(٤) في المخطوط: «حين».
(٥) في المخطوط: «التعريض».
(٦) في المخطوط: «هو مذهب».

المولى عند أبي حنيفةَ وعندَهما يَحْلِفُ لِطريقٍ واحدٍ وهو أنّ الاستحلافَ لا يجْري في النّكاح عندَه وعندَهما يجْري والله أعلم.

[**ومنها:** أنْ يكونَ المُدَّعَى مِمّا يحتملُ البَذْلَ عند أبي حنيفةَ مع كونِه مُحْتَمِلاً للإقرارِ وعندَهما أنْ يكونَ مِمّا يحتملُ الإقرارَ سَواءٌ احتَمَلَ البَذْلَ أو لا] (١).

وعلى هذا يخرجُ اختِلافُهم في الأشياءِ السَّبْعةِ أنّها لا يجْري فيها الاستحلافُ عند أبي حنيفةَ وهي النّكاحُ والرَّجْعةُ والفيْءُ في الإيلاءِ والنّسَبُ والرِّقُّ والولاءُ والاستيلادُ.

أمّا النّكاحُ: فهو أنْ يَدَّعيَ رجلٌ على امرأةٍ أنّها امرأتُه أو تَدَّعي امرأةٌ على رجلٍ أنّه زَوْجُها ولا بَيِّنةَ للمُدَّعي وطَلَب يَمينَ المُنْكِرِ.

وأمّا الرَّجْعةُ: فهو أنْ يقولَ الزَّوْجُ للمُطَلَّقةِ بعدَ انقِضاءِ عِدَّتِها: قد كُنْت راجَعْتُك وأنْكَرَتِ المَرْأةُ وعَجَزَ الزَّوْجُ عن إقامةِ البَيِّنةِ فطَلَب يَمينَها.

وأمّا الفيْءُ في الإيلاءِ: فهو أنْ يكونَ الرّجلُ آلى من امرأتِه ومَضَتْ أربَعةُ أشهُرٍ فقال: قد كُنْت فِئْت إليك بالجِماعِ فلم تبيني فقالتْ لم تَفِئْ إلَيَّ ولا بَيِّنةَ لِلزَّوْجِ فطَلَب يَمينَها.

وأمّا النّسَبُ: فنحوُ أنْ يَدَّعيَ على رجلٍ أنّه أبوه أو ابنُه فأنْكَرَ الرّجلُ ولا بَيِّنةَ له وطَلَب يَمينَه.

وأمّا الرِّقُّ: فهو أنْ يَدَّعيَ على رجلٍ أنّه عبدُه فأنْكَرَ وقال إنّه حُرُّ الأصلِ [٤/ ٦٥أ] لم يجْرِ عليه رِقٌّ أبَدًا ولا بَيِّنةَ للمُدَّعي (فطَلَب يَمينَه) (٢).

وأمّا الولاءُ: فإنّه يَدَّعي على امرأةٍ أنّه أعتَقَ أباها وأنّ أباها مات ووَلاؤُه بينهما نصفانِ فأنْكَرَتْ أنْ يكونَ أعتَقَه وأنْ يكونَ ولاؤُه ثابتًا منه ولا بَيِّنةَ للمُدَّعي فطَلَب يَمينَها على ما أنْكَرَتْ من الولاءِ.

وأمّا الاستيلادُ: فهو أنْ تَدَّعيَ أمةٌ على مولاها فتَقولُ: أنا أُمُّ ولَدٍ لِمولايَ وهذا ولَدي فأنكرَ المولَى.

لا يجْري الاستحلافُ في هذِه المَواضِعِ السَّبْعةِ عند أبي حنيفةَ وعندَهما يجْري والدَّعْوَى من الجانِبَيْنِ تُتَصَوّرُ في الفُصولِ السِّتّةِ، وفي الاستيلادِ لا يُتَصَوّرُ إلاّ من جانِبِ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «بيمينه».

واحدٍ، وهو جانِبُ الأمةِ، فأمّا جانِبُ المولى فلا تُتَصَوّرُ الدَّعْوَى؛ لأنّه لو ادَّعَى لَثَبَتَ بنفسِ الدَّعْوَى وهذا بناء على ما ذَكَرنا أنّ النُّكولَ بَذْلٌ عنه [١] وهذِه الأشياءُ لا تحتملُ البَذْلَ وعندَهما إقرارٌ فيه شُبْهةٌ وهذِه الأشياءُ تَثْبُت بدَليلٍ فيه شُبْهةٌ.

وجه قولِهما أنّ نُكولَ المُدَّعَى عليه دَليلُ كونِه كاذِبًا في إنْكارِه لأنّه لو كان صادِقًا لَما امتَنَعَ من اليَمينِ الصّادِقةِ فكان النُّكولُ إقرارًا دَلالةً إلاّ أنّه دَلالةٌ قاصِرةٌ فيها شُبْهةُ العَدَمِ وهذِه الأشياءُ تَثْبُتُ بدَليلٍ قاصِرٍ فيه شُبْهةُ العَدَمِ ألا تَرَى أنّها تَثْبُتُ بالشَّهادةِ على الشَّهادةِ وشهادةِ رجلٍ وامرأتَيْنِ.

ولأبي حنيفة: أنّ النُّكولَ يحتملُ الإقرارَ لَما قُلتُمْ ويحتملُ البَذْلَ؛ لأنّ العاقِلَ الدَّيِّنَ [٢] كما يَتَحَرّج [٣] عن اليَمينِ الكاذِبةِ، يَتَحَرّج [٤] عن التَّغْييرِ والطَّعْنِ باليَمينِ ببَذْلِ المُدَّعي، إلاّ أنّ حَمْلَه على البَذْلِ أولى لأنّا لو جَعَلْناه إقرارًا لكذَّبناه (لِما فيه من) [٥] الإنْكارِ ولو جَعَلْناه بَذْلاً لم نكْذِبْه لأنّه يَصيرُ في التَّقْديرِ كأنّه قال ليس هذا لَك ولكِنّي لا أمنَعُك عنه ولا أُنازِعُك فيه فيَحْصُلُ المقصودُ من غيرِ حاجةٍ إلى التَّكْذيبِ وإذا ثَبَتَ أنّ النُّكولَ بَذْلٌ وهذِه الأشياءُ لا تحتملُ البَذْلَ والإباحة فلا تحتملُ النُّكولَ فلا تحتملُ التَّحْليفَ لأنّه إنّما يَسْتَحْلِفُ المُدَّعيَ ليَنْكُلَ المُدَّعَى عليه فيَقْضي عليه فإذا لم يحتملِ النُّكولَ لا يحتمل التّحْليفَ.

فصل [في بيان كيفية اليمين]

وَأمّا بيانُ كيْفيّةِ اليَمينِ فالكَلامُ فيه يَتَعَلَّقُ بموضِعَيْنِ:

أحدُهما: في بيانِ صِفةِ التَّحْليفِ نفسِه [أنّه كيْفَ يَحْلِفُ] [٦].

والثّاني: في بيانِ صِفةِ المَحْلوفِ عليه أنّه على ماذا يَحْلِفُ.

(أمّا الأوّلُ) فالأمرُ لا يخلو إمّا أنْ كان الحالِفُ مسلمًا وإمّا أنْ كان كافِرًا، فإنْ كان مسلمًا فيُحَلِّفُه القاضي باللّٰه تعالى إنْ شاء من غيرِ تَغْليظٍ لِما رُوِيَ أنّ رَسُولَ الله ﷺ حلَّفَ

---

(١) في المخطوط: «عند أبي حنيفة».
(٢) في المخطوط: «المتدين».
(٣) في المخطوط: «يتحرز».
(٤) في المخطوط: «يتحرز».
(٥) في المخطوط: «في».
(٦) ليست في المخطوط.

يَزِيدَ [١] بنَ رُكانةَ أو رُكانةَ بنَ (عبدِ يَزِيدَ) [٢] باللَّه عَزَّ وجَلَّ ما أرَدْت بالبَتّةِ ثلاثًا [٣]. وإنْ شاء غَلَّظَ؛ لأنّ الشّرعَ ورَدَ بتَغْليظِ اليَمينِ في الجُمْلةِ، فإنّه رُوِيَ أنّ رَسُولَ الله ﷺ حَلَّفَ ابنَ صُورِيّا الأعورَ وغَلَّظَ فقال [بالله] [٤] الذي أنْزَلَ التّوْراةَ على سَيِّدِنا مُوسَى عليه الصلاة والسلام أنّ حَدَّ الزّنا فِي كِتابِكُمْ هذا.

وقال مَشايِخُنا: يَنْظُرُ إلى حالِ الحالِفِ إنْ كان مِمَّنْ لا يُخافُ منه الاجتِراءُ على الله تعالى باليَمينِ الكاذِبةِ يَكْتَفي فيه باللَّه عَزَّ وجَلَّ من غيرِ تَغْليظٍ وإنْ كان مِمَّنْ يُخافُ منه ذلك تُغَلَّظُ؛ لأنّ من العَوامّ مَنْ لا يُبالي عن الحلِفِ باللَّه عَزَّ وجَلَّ كاذِبًا فإذا غُلِّظَ عليه اليَمينُ يَمْتَنِعُ.

وقال بعضهم: إنْ كان المالُ المُدَّعَى يَسيرًا يَكْتَفي فيه باللَّه عَزَّ وجَلَّ وإنْ كان كثيرًا يُغَلَّظُ.

وصِفةُ التَّغْليظِ أن يقول: [٥] واللَّه الذي لا إلَهَ إلاّ هو عالَمُ الغَيْبِ والشَّهادةِ الرَّحْمَنِ الرَّحيمِ الذي يَعْلَمُ من السِّرِّ ما يَعْلَمُ من العَلانيةِ ونحوَ ذلك مِمّا يُعَدُّ تَغْليظًا في اليَمينِ.

وإنْ كان الحالِفُ كافِرًا فإنّه يَحْلِفُ باللَّه عَزَّ وجَلَّ أيضًا ذِمِّيًا كان أو مُشْرِكًا؛ لأنّ المُشْرِكينَ لا يُنْكِرونَ الصّانِعَ قال الله تبارك وتعالى جَلَّ شَأْنُه: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضَ لَيَقُولُنَّ ٱللَّهُ﴾ [لقمان: ٢٥] فيُعَظِّمونَ اسمَ الله تعالى عَزَّ شَأْنُه ويَعْتَقِدونَ حُرْمَتَهُ إلاّ الدَّهْريّةَ والزَّنادِقةَ وأهلَ الإباحةِ وهَؤُلاءِ أقوامٌ (لم يَتَجاسَروا) [٦] على إظهارِ نِحْلَتِهم في عَصْرٍ من الأعصارِ إلى يومِنا هذا ونَرْجو من فضْلِ الله عَزَّ وجَلَّ على أُمّةِ حَبيبه ﷺ أنْ لا يُقَدِّرَهم على إظهارِ ما انتَحَلوه إلى انقِضاءِ الدُّنْيا.

وإنْ رَأى القاضي ما يكونُ تَغْليظًا في دينِه فعَلَ لِما رَوَيْنا أنّ رَسُولَ الله ﷺ غَلَّظَ على ابنِ صُورِيّا، دَلَّ أنّ كُلَّ ذلك سائغٌ [٧] فيُغَلِّظُ على اليَهوديِّ باللَّه تعالى عَزَّ وجَلَّ الذي أنْزَلَ

---

(١) في المخطوط: «زيد». (٢) في المخطوط: «زيد».

(٣) ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب: الطلاق، باب: في البتة، برقم (٢٢٠٦)، وابن ماجه، برقم (٢٠٥١)، والترمذي، برقم (١١٧٧)، والدارمي، برقم (٢٢٧٢) من حديث يزيد بن ركانة رضي الله عنه، انظر ضعيف سنن أبي داود للألباني.

(٤) في المطبوع: «عليه الصلاة والسلام».

(٥) زاد في المخطوط: «قل». (٦) في المخطوط: «لا يتجاسرون».

(٧) في المخطوط: «واسع».

التَّوْراةَ على سَيِّدِنا موسَى عليه الصلاة والسلام وعلى النَّصْرانيِّ باللَّه الذي أَنْزَلَ الإِنْجيلَ على سَيِّدِنا عيسَى عليه الصلاة والسلام وعلى المَجوسيِّ باللَّه الذي خَلَقَ النّارَ ولا يَحْلِفُ على الإشارةِ إلى مُصْحَفٍ مُعَيَّنٍ بأنْ يقولَ باللَّه الذي أَنْزَلَ هذا الإنْجيلَ أو هذِه التَّوْراةَ؛ لأنّه قد ثَبَتَ تَحْريفُ بعضِها فلا [٤/ ١٦٥أ] يُؤمَنُ أنْ تَقَعَ الإشارةُ إلى [الحرف] (١) المُحَرَّفِ فيكونُ التَّحْليفُ به تَعْظيمًا لِما ليس بكَلام الله عَزَّ وجَلَّ ولا يَبْعَثُ هَؤُلاءِ إلى بُيوتِ عِبادَتِهم (٢) من البيعةِ والكَنيسةِ وبَيْتِ النّارِ؛ لأنّ فيه تَعْظيمَ هذِه المَواضِعِ وكذا لا يجبُ تَغْليظُ اليَمينِ على المسلمِ بزَمانٍ ولا مَكان عندَنا (٣).

وقال الشافعيُّ رحمه الله: إنْ كان بالمَدينةِ يَحْلِفُ عند المنبَرِ وإنْ كان بمَكّةَ يَحْلِفُ عند الميزابِ ويَحْلِفُ بعدَ العَصْرِ (٤).

والصّحيحُ قولُنا لِما رَوَيْنا (٥) من الحديثِ المشهورِ وهو قولُه ﷺ: **«البَيِّنةُ على المُدَّعِي واليَمِينُ على المُدَّعَى عليهِ»** مُطْلَقًا عن الزَّمانِ والمَكانِ ورُوِيَ أنّه اختَصَمَ زَيْدُ بنُ ثابِتٍ وابنُ مُطِيعٍ فِي دارٍ إلى مَرْوانَ بنِ الحكَمِ فقَضَى على زَيْدِ بنِ ثابِتٍ باليَمِينِ عندَ المنبَرِ فقال [له] (٦) زَيْدٌ أحْلِفُ له مَكانِي فقال له مَرْوانُ: لا واللَّه إلاّ عندَ مَقاطِعِ الحُقُوقِ فجعل زَيْدٌ يَحْلِفُ أنّ حَقَّه لَحَقٌّ وأبَى أنْ يَحْلِفَ عندَ المنبَرِ فجعل مَرْوانُ يَعْجَبُ من ذلك ولو كان ذلك لازِمًا لَما احتَمَلَ أنْ يَأباه زَيْدُ بنُ ثابِتٍ ولأنّ تَخْصيصَ التَّحْليفِ بمَكانٍ وزَمانٍ تَعْظيمُ غيرِ اسمِ الله [مع اسم الله] (٧) تبارك وتعالى وفيه معنى الإشْراكِ في التَّعْظيمِ واللَّه عَزَّ وجَلَّ أعلَمُ.

وأمّا بيانُ صِفةِ المَحْلوفِ عليه: أنّه على ماذا يَحْلِفُ فنَقولُ الدَّعْوَى لا تَخْلو إمّا أنْ كانت مُطْلَقةً عن سببٍ وإمّا أنْ كانت مُقَيَّدةً بسببٍ فإنْ كانت مُطْلَقةً عن سببٍ بأنِ ادَّعَى عبدًا أو جاريةً أو أرضًا وأنْكَرَ المُدَّعَى عليه فلا خلافَ في أنّه يَحْلِفُ على الحُكْمِ وهو ما وقَعَ فيه الدَّعْوَى فيُقالُ: باللَّه ما هذا العبدُ أو الجاريةُ أو الأرضُ لِفُلانٍ هذا ولا شيءَ منه

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «عباداتهم».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ١١٦٣).
(٤) ومذهب الشافعية: تغلظ اليمين بالزمان والمكان في الدعاوى، انظر: رحمه الأمة ص (٥٦٩).
(٥) في المخطوط: «روى».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) زيادة من المخطوط.

وإنْ كانت مُقَيَّدةً بسببٍ بأنِ ادَّعَى أنّه أقرَضَه ألفًا أو غَصبه [ألفًا] أو أودَعَه ألفًا وأنْكرَ [١] المُدَّعَى عليه فقد اختَلَفَ أبو يوسفَ ومحمّدٌ في [٢] أنّه يَحْلِفُ على السَّبَبِ أو على الحُكْمِ.

قال ابو يوسف: يَحْلِفُ على السَّبَبِ باللَّه ما استَقْرَضْت منه ألفًا أو ما غَصَبْته ألفًا أو ما أودَعَني [٣] ألفًا إلاّ أنْ يُعَرِّضَ المُدَّعَى عليه ولا يُصَرِّحُ فيقولُ قد يُسْتَقْرَضُ الإنسانُ وقد يَغْصِبُ وقد يودَعُ ولا يكونُ عليه لِما أنّه أبرَأه عن ذلك أو رَدَّ الوديعةَ وأنا لا أُبيِّنُ ذلك لِئَلاّ يَلْزَمَني شيءٌ فحينَئِذٍ يَحْلِفُ على الحُكْمِ.

وقال محمد: يَحْلِفُ على الحُكْمِ من الابْتِداءِ باللَّه ما له عليكَ هذِه الألفُ التي ادَّعَى.

-(وجه) **قولِ محمد:** أنّ التّحْليفَ على السَّبَبِ تَحْليفٌ على ما لا يُمْكِنُه الحلِفُ عليه عَسَى لِجوازِ أنّه [٤] وُجِدَ منه السَّبَبُ، ثم ارتَفَعَ بالإبْراءِ أو [٥] بالرَّدِّ، فلا يُمْكِنُه الحلِفُ على نَفْيِ السَّبَبِ ويُمْكِنُه الحلِفُ على نَفْيِ الحُكْمِ على كُلِّ حالٍ فكان التّحْليفُ على الحُكْمِ أولى.

-(وجه) **قولِ ابي يوسف:** ما رُوِيَ أنّ رَسُولَ الله ﷺ حَلَّفَ اليَهُودَ [باللَّه و] [٦] في بابِ القَسامةِ على السَّبَبِ فقال ﷺ: «**باللَّه ما قَتَلْتُموه ولا عَلِمْتُمْ له قاتِلًا**» [٧] فيجبُ الاقْتِداءُ به ولأنّ الدّاخِلَ تَحْتَ الحلِفِ ما هو الدّاخِلُ تَحْتَ الدَّعْوَى والدّاخِلُ تَحْتَ الدَّعْوَى في هذِه الصّورةِ [٨] مقصودًا هو السَّبَبُ فيَحْلِفُ عليه فبعدَ ذلك إنْ أمكَنَه الحلِفُ على السَّبَبِ حَلَفَ عليه وإنْ لم يُمْكِنْه وعَرَّضَ [٩] فحينَئِذٍ يَحْلِفُ على الحُكْمِ.

وعلى هذا الخلافِ دَعْوَى الشِّراءِ إذا أنْكرَ المُدَّعَى عليه فعندَ أبي يوسفَ يَحْلِفُ على السَّبَبِ باللَّه عَزَّ وجَلَّ ما بعْته هذا الشّيءَ إلاّ أنْ يُعَرِّضَ الخصْمُ والتَّعْريضُ في هذا أنْ يقولَ

---

(١) في المخطوط: «فأنكر».
(٢) زاد في المخطوط: «ذلك».
(٣) في المخطوط: «أودعه».
(٤) في المخطوط: «أن يكون».
(٥) في المخطوط: «ثم».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) صحيح: أخرجه أبو داود بنحوه، كتاب: الديات، باب: في ترك القود بالقسامة، برقم (٤٥٢٣)، والنسائي، برقم (٤٧١٩)، وابن ماجه بنحوه، برقم (٢٦٧٧)، وكذا مالك، برقم (١٦٣٠) من حديث سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه، انظر صحيح سنن أبي داود للألباني.
(٨) في المخطوط: «الصور».
(٩) في المخطوط: «أن أعرض».

قد يَبيعُ الرّجلُ الشّيءَ ثم يَعودُ إليه بهبةٍ أو فسخٍ أو إقالةٍ أو رَدٍّ بعَيْبٍ أو خيارِ شرطٍ أو خيارِ رُؤيةٍ وأنا لا أُبيِّنُ ذلك كيْ لا يَلْزَمَني شيءٌ فحينَئِذٍ يَحْلِفُ على الحُكْمِ باللَّه تعالى ما بينكُما بيعٌ قائمٌ أو شِراءٌ قائمٌ بهذا السَّبَبِ الذي يَدَّعي وهَكذا يَحْلِفُ على قولِ محمّدٍ.

وعلى هذا دَعْوَى الطَّلاقِ بأنِ ادَّعَتِ امرأةٌ على زَوْجِها أنّه طَلَّقَها ثلاثًا أو خالَعَها على كذا وأنْكَرَ الزَّوْجُ ذلك يَحْلِفُ على السَّبَبِ عند أبي يوسفَ باللَّه عَزَّ وجَلَّ ما طَلَّقَها ثلاثًا أو ما خالَعَها إلاّ أنْ يُعَرِّضَ الزَّوْجُ فيقولُ [إن] (١) الإنسان قد يُخالعُ امرأتَه ثم تَعودُ إليه وقد يُطَلِّقُها ثلاثًا ثم تَعودُ إليه (بعدَ زَوْجٍ آخَرَ) (٢) [ثم تعود إليه] (٣) فحينَئِذٍ يَحْلِفُ (٤) باللَّه عَزَّ وجَلَّ ما هي حَرامٌ عليك بثلاثِ تَطْليقاتٍ أو باللَّه عَزَّ وجَلَّ ما هي مُطَلَّقةٌ منك ثلاثًا أو ما هي حَرامٌ عليك بالخلْعِ أو ما هي بائنٌ منك ونحوُ ذلك من العِباراتِ وهَكذا يَحْلِفُ على قولِ محمّدٍ.

وعلى هذا دَعْوَى العتاقِ في الأمةِ بأنِ ادَّعَتْ أمةٌ على مولاها أنّه أعتَقَها وهو مُنْكِرٌ عند أبي يوسفَ يَحْلِفُ المولى على السَّبَبِ باللَّه عَزَّ وجَلَّ ما أعتَقَها إلاّ أنْ يُعَرِّضَ لأنّه يَتَصَوَّرُ النَّقْضَ في هذا والعَوْدَ [إليه] (٥) بأنِ ارتَدَّتِ المَرْأةُ ولَحِقَتْ بدارِ الحرْبِ ثم سَباها أو سَباها غيرُه فاشتراها [٤/ ٦٦أ] فحينَئِذٍ يَحْلِفُ كما قاله محمّدٌ ولو كان الذي يَدَّعي العِتْقَ هو العبدَ فيَحْلِفُ على السَّبَبِ بلا خلافٍ باللَّه عَزَّ وجَلَّ ما أعتَقَه في الرِّقِّ القائمِ للحالِ في مِلْكِه لانعِدام تَصَوُّرِ التّعريضِ؛ لأنّ العبدَ المسلمَ لا يحتملُ السَّبْيَ بعدَ العِتْقِ حتى لو كان العبدُ لم يُعْرَفْ مسلمًا أو كان كافرًا يَحْلِفُ عند محمّدٍ على الحُكْمِ لاحتِمالِ العَوْدِ إلى الرِّقِّ؛ لأنّ الذِّمّيَّ إذا نَقَضَ العَهْدَ ولَحِقَ بدارِ الحرْبِ ثم سُبيَ يُسْتَرَقُّ بخلافِ المسلمِ فإنّه يُجْبَرُ على الإسلامِ ويُقْتَلُ إنْ أبَى ولا يُسْتَرَقّ.

وعلى هذا دَعْوَى النِّكاح وهو تفريعٌ على قولِهما (٦)؛ لأنّ أبا حنيفةَ لا يَرَى الاستحلافَ فيه فيقولُ الدَّعْوَى لا تَخلو إمّا (٧) أنْ تكونَ من الرّجلِ أو من المَرْأةِ فإنْ كانت

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فقد يطلقها ثلاثًا فتتزوج بزوج».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) زاد في المخطوط: «على الحكم».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «مذهبهما».
(٧) في المخطوط: «من».

من الرَّجلِ وأنْكَرَتِ المَرْأةُ النِّكاحَ فعندَ أبي يوسفَ يَحْلِفُ على السَّبَبِ إلاّ أنْ يُعَرِّضَ لاحتِمالِ الطَّلاقِ والفُرْقةِ بسببٍ ما فحينَئِذٍ يَحْلِفُ على الحُكْمِ باللَّه عَزَّ وجَلَّ ما بينكُما نِكاحٌ قائمٌ كما هو قولُ [١] محمّدٍ.

وأمّا عند أبي حنيفةَ لو قال الزَّوْجُ أنا أُريدُ أنْ أتزوّجَ أُخْتَها أو أربَعًا سِواها فإنّ القاضيَ لا يُمَكِّنُه من ذلك لأنّه (إقرارٌ لِهذِه المَرْأةِ أنّها) [٢] امرأتُه فيقولُ له: إنْ كُنْت تُريدُ ذلك فطَلِّقْ هذِه ثم تزوّجْ أُخْتَها أو أربَعًا سِواها وإنْ كان دَعْوَى النِّكاح من المَرْأةِ على رجلٍ فأنْكَرَ [الرجل] [٣] فعندَ أبي يوسفَ يَحْلِفُ على السَّبَبِ إلاّ أنْ يُعَرِّضَ فيَحْلِفَ على الحُكْمِ كما قاله محمّدٌ.

فأمّا عند أبي حنيفةَ لو قالتِ المَرْأةُ إنّي أُريدُ أنْ أتزوّجَ فإنّ القاضيَ لا يُمَكِّنُها من ذلك لأنّها قد أقَرَّتْ أنّ لها زَوْجًا فلا يُمَكِّنُها من التَزَوُّجِ بزَوْجٍ آخَرَ فإنْ قالتْ ما [٤] الخَلاصُ عن هذا وقد بَقيتُ في عُهْدَتِه أبَدَ الدَّهْرِ وليستْ لي بَيِّنةٌ وهذِه تُسَمَّى عُهْدةَ أبي حنيفةَ فإنّه يقولُ القاضي لِلزَّوْجِ طَلِّقْها فإنْ أبَى أجبَرَه القاضي عليه فإنْ قال الزَّوْجُ لو طَلَّقْتها لَلَزِمَني المَهْرُ فلا أفعَلُ ذلك يقولُ له القاضي قُلْ لها إنْ كُنْت امرأتي فأنْتِ طالِقٌ فتَطْلُقُ لو كانت امرأتَك [٥] وإنْ لم تَكُنْ فلا [٦] ولا يَلْزَمُك شيءٌ؛ لأنّ المَهْرَ [٧] لا يَلْزَمُ بالشَّكِّ فإنْ أبَى يجْبِرُه [٨] على ذلك فإذا فعَلَ تَخَلَّصَ عن تلك العُهْدةِ ولو كانت الدَّعْوَى على إجارةِ الدّارِ أو عبدٍ أو دابّةٍ أو مُعامَلةٍ [أو] [٩] مُزارعةٍ فعندَ أبي يوسفَ يَحْلِفُ على السَّبَبِ إلاّ إذا عَرَّضَ.

وعند محمّدٍ يَحْلِفُ على الحُكْمِ على كُلِّ حالٍ وعند أبي حنيفةَ ما كان صَحيحًا وهو الإجارةُ يَحْلِفُ وما كان فاسدًا وهو المُعامَلةُ والمُزارَعةُ لا يَحْلِفُ أصلاً؛ لأنّ الحلِفَ بناءً على الدَّعْوَى الصّحيحةِ ولم تَصِحّ عندَه.

ولو كانت الدَّعْوَى في القَتْلِ الخطَإ بأنِ ادَّعَى [رجل] [١٠] على رجلٍ [١١] أنّه قَتَلَ أباه

---

(١) في المخطوط: «مذهب».
(٢) في المخطوط: «أقر أن هذه».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «متى».
(٥) في المخطوط: «امرأته».
(٦) زاد في المخطوط: «تطلق».
(٧) في المخطوط: «المال».
(٨) في المخطوط: «أجبره».
(٩) زيادة من المخطوط.
(١٠) زيادة من المخطوط.
(١١) في المخطوط: «آخر».

خَطَأً وأنّه وجَبَتِ الدّيةُ فأنكَرَ المُدَّعَى عليه يَحْلِفُ على السَّبَبِ عند أبي يوسفَ باللّه ما قَتَلْت إلاّ إذا عَرَّضَ وعند محمّدٍ على الحُكْمِ باللّه ليس عليك الدّيةُ ولا على عاقِلَتِك وإنّما يَحْلِفُ على هذا الوجه لاختِلافِ المَشايِخِ في الدّيةِ في فصلِه [(١)] الخطإ أنّها تَجِبُ على العاقِلةِ ابْتِداءً أو تَجِبُ على القاتِلِ ثم تَتَحَمَّلُ عنه العاقِلةُ فإنْ حَلَفَ بَرِئَ وإنْ نَكَلَ يَقْضي عليه بالدّيةِ في مالِه على ما نَذْكُرُ إنْ شاء الله تعالى.

فصل [في حكم أدائه]

وأمّا حُكْمُ أدائه: فهو انقِطاعُ الخُصومةِ للحالِ لا مُطْلَقًا بل مؤقّتًا إلى غايةِ إحضارِ البيِّنةِ عند عامّةِ العُلَماءِ.

وقال بعضُهم: حُكْمُه انقِطاعُ الخُصومةِ على الإطْلاقِ وحتّى لو أقامَ المُدَّعي البيِّنةَ بعدَ يَمينِ المُدَّعَى عليه قُبِلَتْ بَيِّنَتُه عند العامّةِ وعند بعضِهم لا تُقْبَلُ لأنّه لو أقامَ البيِّنةَ لا تَبْقَى له وِلايةُ الاستحلافِ فكذا إذا استَحْلَفَ لا يَبْقَى له وِلايةُ إقامةِ البيِّنةِ والجامِعُ أنّ حَقَّه في أحدِهما فلا يَمْلِكُ الجمْعَ بينهما والصّحيحُ قولُ العامّةِ؛ لأنّ البيِّنةَ هي الأصلُ في الحُجّةِ لأنّها كلامُ الأجنبيِّ.

فأمّا اليَمينُ فكالخلَفِ عن البيِّنةِ لأنّها كلامُ الخصْمِ صيرَ إليها لِلضَّرورةِ فإذا جاءَ الأصلُ انتَهَى حُكْمُ الخلَفِ فكأنّه لم يوجَدْ أصلاً ولو قال المُدَّعي للمُدَّعَى عليه احلِفْ وأنْتَ بَريءٌ من هذا الحقِّ الذي ادَّعَيْته أو أنْتَ بَريءٌ من هذا الحقِّ ثم أقامَ البيِّنةَ قُبِلَتْ بيِّنَتُه؛ لأنّ قوله أنْتَ بَريءٌ يحتملُ البَراءةَ للحالِ أي بَريءٌ عن دَعْواه و [(٢)] خُصومَتِه للحالِ ويحتملُ البَراءةَ عن الحقِّ فلا يُجْعَلُ إبراءً عن الحقِّ بالشَّكِّ واللّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

فصلٌ: وأمّا حُكْمُ الامتِناعِ عن تَحصيلِه فالمُدَّعَى عليه إذا نَكَلَ عن اليَمينِ فإنْ كان ذلك في دَعْوَى المالِ يُقْضَى عليه بالمالِ عندَنا لَكِنْ يَنْبَغي للقاضي أنْ يقولَ له: إنّي [(٣)] أعرِضُ عليك اليَمينَ ثلاثَ مَرّاتٍ فإنْ حَلَفْت وإلاّ قَضَيْت عليك لِجوازِ أنْ يكونَ المُدَّعَى عليه مِمَّنْ لا يَرَى القَضاءَ بالنُّكولِ أو يكونَ عندَه أنّ القاضيَ لا يَرَى القَضاءَ بالنُّكولِ أو لَحِقَه حِشْمةُ القُضاةِ [٤/ ٦٦ب] ومَهابةُ المجلِس [(٤)] في المَرّةِ الأولى فكان الاحتياطُ أنْ يقولَ له ذلك

(١) في المخطوط: «فصل».
(٢) في المخطوط: «أو».
(٣) في المخطوط: «إنني».
(٤) في المخطوط: «مجلس القضي».

فإنْ نَكَل عن اليَمينِ بعدَ العَرْضِ عليه ثلاثًا فإنّ القاضيَ يَقْضي عليه عندَنا [(١)] وعند الشّافعيِّ رحمه الله لا يَقْضي بالنُّكولِ ولَكِنْ يَرُدُّ اليَمينَ إلى المُدَّعي فيَحْلِفُ فيَأخُذُ حَقَّه [(٢)].

احتَجَّ الشّافعيُّ رحمه الله بقولِ النّبِيِّ ﷺ: «البَيِّنةُ على المُدَّعِي واليَمِينُ على المُدَّعَى عليهِ» [(٣)] جعل البَيِّنةَ حُجّةَ المُدَّعي واليَمينَ حُجّةُ المُدَّعَى عليه ولم يَذْكُرْ عليه الصلاة والسلام النُّكولَ فلو كان حُجّةَ المُدَّعي لَذَكَرَه والمَعْقولُ أنّه يحتملُ [(٤)] أنّه نَكَلَ لِكَوْنِه كاذِبًا في الإنْكارِ فاحتَرزَ عن اليَمينِ الكاذِبةِ ويحتملُ أنّه نَكَل مع كونِه صادِقًا في الإنْكارِ تَوَرُّعًا عن اليَمينِ الصّادِقةِ فلا يكونُ حُجّةَ القَضاءِ مع الشَّكِّ والاحتِمالِ لَكِنْ يَرُدُّ اليَمينَ إلى المُدَّعي ليَحْلِفَ فيَقْضيَ له لأنّه تَرَجَّحَ جَنْبة الصِّدْقُ في دَعْواه بيَمينِه وقد ورَدَ الشّرعُ برَدِّ اليَمينِ إلى المُدَّعي فإنّه رويَ أنّ سَيِّدَنا عُثْمانَ رضي الله عنه ادَّعَى على المقدادِ مالاً بين يَدَيْ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه فأنْكرَ المقدادُ وتَوَجَّهَتْ عليه اليَمينُ فرَدَّ اليَمينَ على سَيِّدِنا عُثْمانَ وسَيِّدُنا عُمَر جَوّزَ ذلك.

(ولَنا) ما رويَ أنّ شُرَيْحًا رحمه الله قَضَى على رجلٍ بالنُّكولِ فقال المُدَّعَى عليه أنا أحْلِفُ فقال شُرَيْحٌ رحمه الله مَضَى قَضائي وكان لا تَخْفَى قَضاياه على أصحابِ رَسولِ الله ﷺ ولم يُنْقَل أنّه أنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ فيكونُ إجماعًا منهم على جوازِ القَضاءِ بالنُّكولِ ولأنّه ظَهَرَ صِدْقُ المُدَّعي في دَعْواه عند نُكولِ المُدَّعَى عليه فيَقْضي له كما لو أقامَ البَيِّنةَ.

ودَلالةُ الوصْفِ أنّ المانِعَ من ظُهورِ الصِّدْقِ في خَبَرِه إنْكارُه المُدَّعَى عليه وقد عارَضَه النُّكولُ لأنّه [لو] [(٥)] كان صادِقًا في إنْكارِه لَما نَكَل فزالَ المانِعُ لِلتَّعارُضِ فظَهَرَ صِدْقُه في دَعْواه.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٣/ ١١٥٩).
(٢) وفي مذهب الشافعية: إذا نكل المدعى عليه عن اليمين ترد اليمين على المدعى ويقضى على المدعى عليه بنكوله في جميع الأشياء، انظر: رحمة الأمة ص (٥٦٩).
(٣) سبق تخريجه.
(٤) في المخطوط: «ولأن النكول محتمل».
(٥) زيادة من المخطوط.

وقولُه يحتملُ أنّه نَكَل تَوَرُّعًا عن اليَمينِ الصّادِقةِ قُلْنا هذا احتِمالٌ نادِرٌ؛ لأنّ اليَمينَ الصّادِقةَ مشروعةٌ فالظّاهرُ أنّ الإنسانَ لا يَرْضَى بفَواتِ حَقِّه تَحَرُّزًا عن مُباشَرةِ أمرٍ مشروعٍ ومثلُ هذا الاحتِمالِ ساقِطِ الاعتِبارِ شرعًا ألا يُرَى أنّ البَيِّنةَ حُجّةُ القَضاءِ بالإجماعِ وإنْ كانت مُحْتَمَلةً في الجُمْلةِ لأنّها خَبَرُ مَنْ ليس بمَعْصومٍ عن الكذِبِ لَكِنْ لَمّا كان الظّاهرُ هو الصِّدْقَ سَقَطَ اعتِبارُ احتِمالِ الكذِبِ كذا هذا.

وأمّا الحديثُ فنَقولُ البَيِّنةُ حُجّةُ المُدَّعي وهذا لا يَنْفي أنْ يكونَ غيرُها حُجّةً وقولُه لو كان حُجّةً لَذَكَره قُلْنا يحتملُ أنّه لم يَذْكُرْه لِما قُلْتُمْ ويحتملُ أنّه لم يَذْكُرْه نَصًّا مع كونِه حُجّةً تسليطًا للمُجْتَهِدينَ على الاجتِهادِ لِيُعْرَفَ كونُه حُجّةً بالرَّأيِ والاستِنْباطِ فلا يكونُ حُجّةً مع الاحتِمالِ وأمّا رَدُّ اليَمينِ على (١) المُدَّعي فليس بمشروعٍ لِما قُلْنا من قبلُ.

وأمّا حَديثُ المقدادِ فلا حُجّةَ فيه؛ لأنّ فيه ذِكْرَ الرَّدِّ من غيرِ نُكولِ المُدَّعَى عليه وهو خارِجٌ عن أقاويلِ الكُلِّ فكان مُؤَوّلاً عند الكُلِّ ثم تَأويلُه أنّ المقدادَ رضي الله عنه ادَّعَى الإيفاءَ فأنْكَرَ [سَيِّدُنا] (٢) عُثْمانُ رضي الله عنه فتَوَجَّهَتِ اليَمينُ عليه ونَحْنُ به نَقولُ.

هذا إذا نَكَل عن اليَمينِ في دَعْوَى المالِ فإنْ كان النُّكولُ في دَعْوَى القِصاصِ فنَقولُ لا يخلو إمّا أنْ تكونَ الدَّعْوَى في القِصاصِ في النَّفْسِ وإمّا أنْ تكونَ فيما دونَ النَّفْسِ فإنْ كان في النَّفْسِ فعندَ أبي حنيفةَ لا يُقْضَى فيه لا بالقِصاصِ ولا بالمالِ لَكِنّه يُحْبَسُ حتى يُقِرَّ أو يَحْلِفَ أبَدًا وإنْ كان الدَّعْوَى في القِصاصِ في الطَّرَفِ فإنّه يَقْضي بالقِصاصِ في العَمْدِ وبالدِّيةِ في الخطَإِ وعندَهما لا يُقْضَى بالقِصاصِ في النَّفْسِ والطَّرَفِ جميعًا ولَكِنْ يَقْضي بالأرْشِ والدِّيةِ فيهما جميعًا بناءً على أنّ النُّكولَ بَذْلٌ عند أبي حنيفةَ رحمه الله والطَّرَفُ يحتملُ البَذْلَ والإباحةَ في الجُمْلةِ فإنّ مَنْ وقَعَتْ في يَدِه أكِلةٌ والعياذُ باللّه تعالى فأمر غيره بقَطْعِها يُباحُ له قَطْعُها صيانةً لِلنّفْسِ وبه تَبَيَّنَ أنّ الطَّرَفَ يَسْلُكُ [به] (٣) مسلك الأموالِ؛ لأنه خُلِقَ وِقايةً لِلنّفْسِ كالمالِ.

فأمّا النّفْسُ فلا تحتملُ البَذْلَ والإباحةَ بحالٍ وكذا المُباحُ له القَطْعُ إذا قَطَعَ لا ضَمانَ عليه والمُباحُ له القَتْلُ إذا قَتَلَ يَضْمَنُ فكان الطَّرَفُ جاريًا مجرَى المالِ بخلافِ النّفْسِ

---

(١) في المخطوط: «إلى».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.

فأمكَنَ القَضاءُ بالنُّكولِ في الطَّرَفِ دونَ النّفْسِ فكان القياسُ أنْ لا يَسْتَحْلِف في النّفْس عنده كما لا يَسْتَحْلِف في الأشياء السَّبْعة؛ لأنّ الاستحلاف لِلتَّوَسُّلِ إلى المقصود [١] المُدَّعي وهو إحياء حَقّه بالقَضاءِ بالنُّكولِ ولا يَقْضي فيها بالنُّكولِ أصلاً عنده فكان يَنْبَغي أنْ لا يَسْتَحْلِف إلاّ أنّه استُحْسِنَ في الاستحلاف [٤/ ٦٧أ] فيها؛ لأنّ الشّرع ورَدَ به في [باب] [٢] القَسامةِ وجعله حَقًّا مقصودًا في نفسِه تَعْظيمًا لأمرِ الدَّمِ وتفخيمًا لِشأنِه لِكَوْنِ اليَمينِ الكاذِبةِ مُهْلِكةً فصارَ بالنُّكولِ مانِعًا حَقًّا مُسْتَحَقًّا عليه مقصودًا فيُحْبَسُ حتى يُقِرَّ أو يَحْلِفَ بخلافِ الأشياءِ السَّبْعةِ فإنّ الاستحلافَ فيها لِلتَّوَسُّلِ إلى استيفاءِ المقصودِ بالنُّكولِ وأنّه لا يَقَعُ وسيلةً إلى هذا المقصودِ وعندَهما النُّكولُ إقرارٌ فيه شُبْهةُ العَدَمِ لأنّه إقرارٌ بطريقِ السُّكوتِ وأنّه مُحْتَمَلٌ والقِصاصُ يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ وإذا سَقَطَ القِصاصُ لِلشُّبْهةِ يجبُ المالُ بخلافِ شهادةِ النِّساءِ مع الرِّجالِ والشَّهادةِ على الشَّهادةِ أنّها لا تُقْبَلُ في بابِ القِصاصِ أصلاً؛ لأنّ التّعَذُّرَ هناك من جِهةِ مَنْ له القِصاصُ وهو عَدَمُ الإتْيانِ بحُجّةٍ مُظْهِرةٍ للحَقِّ وهي شهادةُ شُهودٍ أُصولٍ ذكورٍ والتّعَذُّرُ هنا من جِهةِ مَنْ عليه القِصاصُ وهو عَدَمُ التّنْصيصِ على الإقرارِ والأصلُ أنّ القِصاصَ إذا بَطَل من جِهةِ مَنْ له القِصاصُ لا تَجِبُ الدّيةُ وإذا بَطَل من جِهةِ مَنْ عليه تَجِبُ الدّيةُ.

وأمّا في دَعْوَى السَّرِقةِ إذا حَلَفَ على [أخذ] [٣] المالِ، ونَكَل، يُقْضَى بالمالِ لا بالقَطْعِ؛ لأنّ النُّكولَ حُجّةٌ في الأموالِ دونَ الحُدودِ الخالصةِ.

وأمّا في حَدِّ القَذْفِ إذا استَحْلَفَ على ظاهرِ الرِّوايةِ فنكل يَقْضي بالحدِّ في ظاهرِ الأقاويلِ لأنّه بمنزلةِ القِصاصِ في الطَّرَفِ عند أبي حنيفةَ وعندَهما بمنزلةِ التّعْزيرِ [٤].

وقال بعضُهم هو بمنزلةِ سائرِ الحُدودِ لا يُقْضَى فيه بشيءٍ ولا يُحَلَّفُ لأنّه حَدٌّ وقيلَ يُحَلَّفُ ويُقْضَى فيه بالتّعْزيرِ دونَ الحدِّ كما في السَّرِقةِ يُحَلَّفُ ويُقْضَى بالمالِ دونَ القَطْعِ واللّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

* * *

(١) في المخطوط: «مقصود».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «النفس».

فصل [في بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه]

وَأمّا بيانُ ما تَنْدَفِعُ به الخُصومةُ عن المُدَّعَى عليه، ويخرجُ عن كونِه خَصْمًا للمُدَّعي فنَقولُ وباللَّه التّوْفيقُ: إنّه يخرجُ عن كونه خَصْمًا للمُدَّعي بكَوْنِ يَدِه (غيرَ يَدِ) [١] المالِكِ، وذلك يُعْرَفُ بالبَيِّنةِ أو بالإقرارِ أو بعِلْمِ القاضي نحوُ ما إذا ادَّعَى على رجلٍ دارًا أو ثوبًا أو دابّةً فقال الذي في يَدِه هو مِلْكُ فُلانٍ الغائبِ أودَعَنيه.

وجُمْلةُ الكَلامِ فيه أنّ المُدَّعيَ لا يخلو إمّا أنْ يَدَّعيَ عليه مِلْكًا مُطْلَقًا ولم يَدَّعِ عليه فعلاً أو يَدَّعيَ عليه فعلاً، فإنِ ادَّعَى مِلْكًا مُطْلَقًا ولم يَدَّعِ عليه فعلاً فقال الذي في يَدِه أودَعَنيها [٢] فُلانٌ الغائبُ أو رَهَنَها أو آجَرَها أو أعارَها أو غَصَبْتها أو سَرَقْتها أو أخَذْتها أو انتَزَعْتها أو ضَلَّتْ منه فوَجَدْتها وأقامَ البَيِّنةَ على ذلك تَنْدَفِعُ عنه الخُصومةُ عند عامّةِ العُلَماءِ.

وقال ابنُ أبي ليلى: تَنْدَفِعُ عنه الخُصومةُ أقامَ البَيِّنةَ أو لم يُقِمْ، وقال ابنُ شُبْرُمةَ: لا تَنْدَفِعُ عنه الخُصومةُ أقامَ البَيِّنةَ أو لم يُقِمْ، هذا إذا لم يَكُنِ الرّجلُ مَعْروفًا بالافْتِعالِ والاحتيالِ، فإنْ كان تَنْدَفِعُ عنه الخُصومةُ عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ أيضًا وعند أبي يوسفَ لا تَنْدَفِعُ [٣] وهي المسألةُ المَعْروفةُ بالمُخَمَّسةِ والحُجَجُ تُعْرَفُ في الجامِعِ.

وكذلك لو ادَّعَى لِنفسِه [٤] والفعلَ على غيرِ ذي اليَدِ بأنْ [قال] [٥]: هذا مِلْكي غَصبه مِنّي فُلانٌ؛ لأنّه لم يَدَّعِ على ذي اليَدِ فعلاً فصارَ في حَقِّ ذي اليَدِ دَعْوَى مُطْلَقة فكان على الخلافِ الذي ذَكَرنا.

فأمّا إذا ادَّعَى فعلاً على ذي اليَدِ بأنْ قال: هذِه داري أو دابَّتي أو ثوبي أودَعْتُكها أو غَصَبْتنيها أو سَرَقْتها أو استأجَرْتها أو ارتَهَنْتها مِنّي وقال الذي في يَدَيْه [٦] إنّها لِفُلانٍ الغائبِ أودَعَنيها أو غَصَبْتها منه ونحوَ ذلك وأقامَ البَيِّنةَ على ذلك لا تَنْدَفِعُ عنه الخُصومةُ.

ووجه الفرْقِ أنّ ذا اليَدِ في دَعْوَى المِلْكِ المُطْلَقِ إنّما يكونُ خَصْمًا بيَدِه، ألا تَرَى

---

(١) في المخطوط: «يد غير».
(٢) في المخطوط: «أودعنيه».
(٣) في المخطوط: «تنقطع».
(٤) في المخطوط: «الملك».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «يده».

أنّه [١] لو لم يَكُنِ المُدَّعي في يَدِه لم يَكُنْ خَصْمًا فإذا أقامَ البَيِّنةَ على أنّ اليَدَ لِغيرِه كان الخصْمُ ذلك الغيرَ وهو غائبٌ.

فأمّا في دَعْوَى الفعلِ فإنّما يكونُ خَصْمًا بفعلِه لا بيَدِه، ألا تَرَى أنّ الخُصومةَ مُتَوَجِّهةٌ عليه بدونِ يَدِه وإذا كان خَصْمًا بفعلِه بالبَيِّنةِ لا يَتَبَيَّنُ أنّ الفعلَ منه لم يَكُنْ فبَقِيَ خَصْمًا.

ولو ادَّعَى فعلاً لم يُسَمِّ فاعِلَه بأنْ قال: غُصِبَتْ مِنّي أو أُخِذَتْ مِنّي فأقامَ ذو اليَدِ البَيِّنةَ على الإيداعِ تَنْدَفِعُ الخُصومةُ؛ [لأنّه ادَّعَى الفعلَ على مجهولٍ وأنّه باطِلٌ فالتَحَقَ بالعَدَمِ فبَقِيَ دَعْوَى مِلْكٍ مُطْلَقٍ فتَنْدَفِعُ الخُصومةُ لأنّه ادَّعَى الفعلَ على مجهولٍ وأنّه باطِلٌ فالتَحَقَ بالعَدَمِ فبَقِيَ دَعْوَى مِلْكٍ مُطْلَقٍ فتَنْدَفِعُ الخُصومةُ] [٢] ولو قال: سُرِقَ مِنّي فالقِياسُ أنْ تَنْدَفِعَ الخُصومةُ كما في الغَصْبِ والأخْذِ وهو قولُ محمّدٍ وزُفَرَ وفي الاستحسانِ لا تَنْدَفِعُ فرْقًا بين الغَصْبِ والأخْذِ وهو قولُ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رحمهما الله ووجه الفرْقِ يُعْرَفُ في الجامِعِ.

ولو قال المُدَّعي: هذِه الدّارُ كانت لِفُلانٍ فاشتريْتها منه وقال الذي في يَدِه أودَعَني فُلانٌ الذي ادَّعَيْت الشِّراءَ من جِهَتِه أو سَرَقْتها منه أو غَصَبْتها تَنْدَفِعُ عنه الخُصومةُ من غيرِ إقامةِ البَيِّنةِ على ذلك؛ لأنّه ثَبَتَ كونُ يَدِه يَدَ غيرِه بتَصادُقِهما أمّا المُدَّعَى عليه فظاهرٌ وأمّا المُدَّعي فبِدَعْواه الشِّراءَ منه؛ لأنّ الشِّراءَ منه لا يَصِحُّ بدونِ اليَدِ.

وكذا لو أقامَ الذي في يَدَيْه البَيِّنةَ على إقرارِ المُدَّعي بذلك؛ لأنّ الثابِتَ بالبَيِّنةِ كالثّابِتِ بالمُعايَنةِ ولو عايَنا إقرارَه لاندَفَعَتِ الخُصومةُ كذا هذا وكذلك إذا عَلِمَ القاضي بذلك؛ لأنّ العِلْمَ المُسْتَفادَ له في زَمانِ القَضاءِ فوْقَ الإقرارِ لِكَوْنِه حُجّةً مُتَعَدّيةً إلى النّاس كافّةً بمنزلةِ البَيِّنةِ وكَوْنِ الإقرارِ حُجّةً مُقْتَصِرةً على المُقِرِّ خاصّةً ثم لَمّا اندَفَعَتِ الخُصومةُ بإقرارِ المُدَّعي فبِعِلْمِ القاضي أولى.

ولو قال الذي في يَدَيْه: ابْتَعْته من فُلانٍ الغائبِ لا تَنْدَفِعُ الخُصومةُ؛ لأنّه ادَّعَى المِلْكَ واليَدَ لِنفسِه وهذا مُقِرٌّ بكَوْنِه خَصْمًا فكيفَ تَنْدَفِعُ الخُصومةُ.

ولو أقامَ المُدَّعي البَيِّنةَ أنّه ابْتاعَه من عبدِ اللّه [٣] وقال الذي في يَدَيْه أودَعَنيه عبدُ الله

---

(١) في المخطوط: «أن المدعى به».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «عند فلان».

ذلك تَنْدَفِعُ الخُصومةُ من غيرِ بَيِّنةٍ لأنّهما تَصادَقا على الوُصولِ إليه من يَدِ عبدِ الله فأثبَتا [١] اليَدَ له وهو غائبٌ.

وعلى هذا الأصلِ مَسائلُ كثيرةٌ في الجامِعِ [نذكرها هناك إن شاء الله] [٢] واللّه تعالى أعلمُ.

فصل

وَأمّا حُكْمُ تَعارُضِ الدَّعْوَتَيْنِ مع تَعارُضِ البَيِّنَتَيْنِ، فالكَلامُ فيه يَقَعُ في موضِعَيْنِ:

أحدُهما: في بيانِ حُكْمِ تَعارُضِ الدَّعْوَتَيْنِ مع تَعارُضِ البَيِّنَتَيْنِ [القائمَتَيْنِ على أصلِ المِلْكِ] [٣].

والثاني: في بيانِ حُكْمِ تَعارُضِ البَيِّنَتَيْنِ القائمَتَيْنِ على قدرِ المِلْكِ.

أمّا الأوّلُ: فالأصلُ أنّ البَيِّنَتَيْنِ إذا تَعارَضَتا في أصلِ المِلْكِ من حيث الظّاهر فإنْ أمكَنَ تَرْجيحُ إحداهما على الأُخرى يُعْمَلُ بالرّاجِحِ؛ لأنّ البَيِّنَةَ حُجّةٌ من حُجَجِ الشّرعِ والرّاجِحُ مُلْحَقٌ بالمُتَيَقَّنِ في أحكامِ الشّرعِ، وإنْ تَعَذَّرَ التّرْجيحُ فإنْ أمكَنَ العملُ بكُلِّ واحدةٍ منهما من كُلِّ وجهٍ وجَبَ العملُ به، وإنْ تَعَذَّرَ العملُ بهما من كُلِّ وجهٍ وأمكَنَ العملُ بهما من وجهٍ وجَبَ العملُ بهما [٤]؛ لأنّ العملَ بالدَّليلينَ واجبٌ بقدرِ الإمكانِ، وإنْ تَعَذَّرَ العملُ بهما أصلاً سَقَطَ اعتِبارُهما والتَحقا [٥] بالعَدَمِ إذْ لا حُجّةَ مع المُعارَضةِ كما لا حُجّةَ مع المُناقَضةِ.

وجُمْلَةُ الكَلامِ في هذا الفصلِ أنّ الدَّعْوَى ثلاثةُ أنْواعٍ: دَعْوَى المِلْكِ ودَعْوَى اليَدِ ودَعْوَى الحقِّ، وزادَ محمّدٌ مَسائلَ الدَّعْوَى على دَعْوَى المِلْكِ واليَدِ والنّسَبِ.

-(أمّا) **دَعْوَى المِلْكِ:** فلا تَخْلو إمّا أنْ تكونَ من الخارِجِ على ذي اليَدِ وإمّا أنْ تكونَ من الخارِجينَ على ذي اليَدِ وإمّا أنْ تكونَ من صاحبَي اليَدِ أحدُهما على الآخَرِ [٦] فإنْ كانت الدَّعْوَى من الخارِجِ على ذي اليَدِ دَعْوَى المِلْكِ وأقاما البَيِّنَةَ فلا يخلو إمّا أنْ قامَتِ البَيِّنَتانِ

---

(١) في المخطوط: «فأثبتنا».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «به».
(٥) في المخطوط: «والتحقتا».
(٦) في المخطوط: «صاحبه».

على مِلْكٍ مُطْلَقٍ عن الوقْتِ وإمّا أنْ قامَتا على مِلْكٍ مُؤَقَّتٍ.

وإمّا أنْ قامَتْ إحداهما على مِلْكٍ مُطْلَقٍ والأُخرى على مِلْكٍ مُؤَقَّتٍ، وكُلُّ ذلك لا يخلو إمّا أنْ كانت بسببٍ وإمّا أنْ كانت بغيرِ سببٍ، فإنْ قامَتا على مِلْكٍ مُطْلَقٍ عن الوقْتِ فبَيِّنَةُ الخارِجِ أولى عندَنا [١] وعند الشّافعيِّ رحمه الله بَيِّنَةُ ذي اليَدِ أولى [٢].

-(وجه) قولِه [٣]: أنّ البَيِّنَتَيْنِ تَعارَضَتا من حيث الظّاهر وتَرَجَّحَتْ بَيِّنَةُ ذي اليَدِ [باليَدِ] [٤] فكان العملُ بها أولى ولِهذا عُمِلَ ببَيِّنَتِه في دَعْوَى النِّكاح.

(ولَنا) أنّ البَيِّنَةَ حُجّةُ المُدَّعي (لِقولِه عليه الصلاة والسلام) [٥]: «البَيِّنَةُ على المُدَّعِي» [٦] وذو اليَدِ ليس بمُدَّعٍ فلا تكونُ البَيِّنَةُ حَجَّتَه، والدَّليلُ على أنّه ليس بمُدَّعٍ ما ذَكَرنا من تَحْديدِ المُدَّعي أنّه اسمٌ لِمَنْ يُخْبِرُ عَمّا في يَدِ غيرِه لِنفسِه، والموصوفُ بهذِه الصِّفةِ هو الخارِجُ لا ذو اليَدِ؛ لأنّه يُخْبِرُ عَمّا في يَدِ نفسِه لِنفسِه فلم يَكُنْ مُدَّعيًا فالتَحقَتْ ببَيِّنَتِه بالعَدَمِ فبَقِيَتْ بَيِّنَةُ الخارِجِ بلا مُعارِضٍ فوَجَبَ العملُ بها؛ ولأنّ بَيِّنَةَ الخارِجِ أظْهَرَتْ له سَبْقَ المِلْكِ فكان القَضاءُ بها أولى كما إذا وُقِّتَتِ البَيِّنَتانِ نَصًّا ووُقِّتَتْ بَيِّنَةُ الخارِجِ دَلالةً ودَلالةُ الوصْفِ أنّها أظْهَرَتْ له سَبْقَ اليَدِ لأنّهم شَهِدوا له بالمِلْكِ المُطْلَقِ ولا تَحِلُّ لهم الشَّهادةُ بالمِلْكِ المُطْلَقِ إلاّ بعِلْمِهم به، ولا يَحْصُلُ العِلْمُ بالمِلْكِ إلاّ بعدَ العِلْمِ بدَليلِ [٤/ ٦٨أ] المِلْكِ ولا دَليلَ على المِلْكِ المُطْلَقِ سِوَى اليَدِ فإذا شَهِدوا للخارِجِ فقد أثبَتوا كونَ المالِ في يَدِه وكَوْنُ المالِ في يَدِ ذي اليَدِ ظاهِرًا ثابِتٌ للحالِ فكانت يَدُ الخارِجِ سابِقةً على يَدِه فكان مِلْكُه سابِقًا ضرورةً وإذا ثَبَتَ سَبْقُ المِلْكِ للخارِجِ يَقْضي ببَيِّنَتِه لأنّه لَمّا ثَبَتَ له المِلْكُ واليَدُ في هذِه [٧] العَيْنِ في زَمانٍ سابِقٍ ولم يُعْرَفْ لِثالِثٍ فيها يَدٌ ومِلْكٌ عُلِمَ أنّها انتَقَلَتْ من يَدِه إليه فوَجَبَ إعادةُ يَدِه ورَدُّ المالِ إليه حتى يُقيمَ صاحبُ اليَدِ الآخر [٨] الحُجّةَ أنّه بأيِّ طريقٍ انتَقَلَ إليه كما إذا عايَنَ القاضي كونَ المالِ في يَدِ إنسانٍ ويَدَّعيه لِنفسِه ثم رَآه في يَدِ غيرِه

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١٧/ ٣٢)، الهداية (٧/ ٤٠٣).

(٢) ومذهب الشافعية: بينة ذي اليد أولى في الدعوى، انظر: الأم (٦/ ٢٣٥)، التنبيه (ص١٥٨)، المنهاج (ص١٥٦)، نهاية المحتاج (٨/ ٣٦٢).

(٣) في المخطوط: «قول الشافعي».

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المخطوط: «لقول النبي ﷺ».

(٦) سبق تخريجه.

(٧) في المخطوط: «هذا».

(٨) في المخطوط: «الأخير».

فإنّه يَأمُره بالرَّدِّ إليه إذا ادعاه ذلك الرّجلُ إلى [١] أنْ يُبيِّنَ سببًا صالِحًا لِلانتِقالِ إليه.

وكذا إذا أَقرَّ المُدَّعَى عليه أنّ هذا المالَ كان في يَدِ المُدَّعي فإنّه يُؤمَرُ بالرَّدِّ إليه إلى أنْ يُبيِّنَ بالحُجّةِ طريقًا صالِحًا لِلانتِقالِ إليه كذلك هذا (وصارَ كما) [٢] إذا أَرَّخا نَصًّا وتاريخُ أحدِهما أسْبَقُ؛ لأنّ هذا تاريخٌ من حيث المعنى بخلافِ النِّتاج؛ لأنّ هناك لم يَثْبُتْ سَبْقُ [يد] [٣] الخارِجِ لانعِدامِ تَصوُّرِ السَّبْقِ والتّأخيرِ فيه؛ لأنّ النِّتاجَ مِمّا لا يحتملُ التّكْرارَ فيُطْلَبُ التّرْجيحُ من وجهٍ آخَرَ فتَترَجَّحُ بَيِّنةُ صاحبِ اليَدِ باليَدِ وهنا بخلافِه.

هذا إذا قامَتِ البَيِّنَتانِ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ عن الوقْتِ من غيرِ سببٍ فأمّا إذا قامَتا على مِلْكٍ موَقَّتٍ من غيرِ سببٍ فإنِ استَوَى الوقْتانِ يَقْضي للخارِجِ لأنّه بَطَل [٤] اعتِبارُ الوقْتَيْنِ لِلتَّعارُضِ فبَقِيَ دَعْوَى مِلْكٍ مُطْلَقٍ وإنْ كان أحدُهما أسْبَقَ من الآخرِ يُقْضَى للأسْبَقِ وقتًا أيُّهما كان في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ ومحمّدٍ رَحِمَهم الله تعالى.

ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ أنّه رجع عن هذا القولِ عند رُجوعِه من الرَّقّةِ وقال لا تُقْبَلُ من صاحبِ اليَدِ بَيِّنةٌ على وقتٍ وغيرِه إلاّ في النِّتاج والصّحيحُ جوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأنّ بَيِّنةَ صاحبِ (الوقْتِ الأسْبَقِ) [٥] أظْهرَتِ المِلْكَ له في وقتٍ لا يُنازِعه فيه أحدٌ فيَدْفَعُ المُدَّعى [عليه] [٦] إلى أنْ يُثْبِتَ بالدَّليلِ سببًا لِلانتِقالِ عنه إلى غيرِه وإنْ أقامَتْ [٧] إحداهما على مِلْكٍ مُطْلَقٍ والأُخرى على مِلْكٍ موَقَّتٍ من غيرِ سببٍ لا عِبْرةَ للوَقْتِ عندَهما [٨] ويَقْضي للخارِجِ، وعند أبي يوسفَ يُقْضَى لِصاحبِ الوقْتِ أيُّهما كان ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ رحمه الله مثلُه [٩].

-(وجه) قولِ أبي يوسف: أنّ بَيِّنةَ صاحبِ الوقْتِ أظْهرَتِ المِلْكَ له في وقتٍ خاصٍّ لا يُعارِضُها فيه بَيِّنةُ مُدَّعي المِلْكِ المُطْلَقِ بيقينٍ بل تحتملُ المُعارَضةَ وعَدَمَها؛ لأنّ المِلْكَ المُطْلَقَ لا يَتَعارَضُ [١٠] للوَقْتِ فلا تَثْبُتُ المُعارَضةُ بالشّكِّ [والاحتمال] [١١] ولِهذا لو ادَّعَى كُلُّ واحدٍ من الخارِجَيْنِ على ثالِثٍ وأقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البَيِّنةَ أنّه اشتراه من رجلٍ

---

(١) في المخطوط: «إلا».
(٢) في المخطوط: «وكذا».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «سقط».
(٥) في المخطوط: «اليد».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «قامت».
(٨) في المخطوط: «عند أبي حنيفة ومحمد».
(٩) في المخطوط: «مثل قول أبي يوسف».
(١٠) في المخطوط: «يتعرض».
(١١) زيادة من المخطوط.

واحدٍ ووُقِّتَتْ بَيِّنةُ أحدِهما وأُطْلِقَتِ الأُخرى أنّه يَقْضي لِصاحبِ الوقْتِ كذا هذا.

ولهما [١] أنّ المِلْكَ [المطلق] [٢] احتَمَلَ السَّبْقَ والتّأخيرَ؛ لأنّ [المِلْكَ] [٣] المُطْلَقَ يحتملُ التّأخيرَ والسَّبْقَ لِجوازِ أنّ صاحبَ البيِّنةِ المُطْلَقةِ لو وُقِّتَتْ بَيِّنَتُه كان وقتُها أسْبَقَ فوَقَعَ الاحتِمالُ في سَبْقِ المِلْكِ الموَقَّتِ فسَقَطَ اعتِبارُ الوقْتِ فبَقِيَ دَعْوَى مُطْلَقِ المِلْكِ فيُقْضَى للخارِجِ بخلافِ الخارِجَيْنِ إذا ادَّعَيا الشِّراءَ من رجلٍ واحدٍ؛ لأنّ البائعَ إذا كان واحدًا فقد اتَّفَقا على تَلَقّي المِلْكِ منه ببيعِه وأنّه أمرٌ حادِثٌ وقد ظَهَرَ بالتّاريخِ أنّ شِراءَ صاحبِ الوقْتِ أسْبَقُ ولا تاريخَ مع الآخَرِ وشِراؤُه أمرٌ حادِثٌ ولا يُعْلَمُ تاريخُه فكان صاحبُ التّاريخِ أولى.

هذا إذا قامَتِ البيِّنَتانِ من الخارِجِ وذي اليَدِ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ أو موَقَّتٍ من غيرِ سبب فأمّا إذا كان في دَعْوَى ذلك بسببٍ فإنْ كان السَّبَبُ هو الإرْثَ فكذلك الجوابُ حتى لو قامَتِ البيِّنَتانِ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ بسببِ الإرْث بأنْ أقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ على أنّه مِلْكه مات أبوه وتَرَكَه ميراثًا له يُقْضَى للخارِجِ بلا خلافٍ بين أصحابِنا رحمهم الله.

وكذلك إنْ قامَتا على مِلْكٍ موَقَّتٍ واستَوَى الوقْتانِ لأنّه سَقَطَ اعتِبارُ الوقْتَيْنِ لِلتَّعارُضِ فبَقِيَ دَعْوَى مُطْلَقِ المِلْكِ.

وإنْ كان أحدُهما أسْبَقَ من الآخَرِ يُقْضَى لأسْبَقِهما وقتًا أيُّهما كان في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ ومحمّدٍ الأوّلِ وفي قولِ محمّدٍ الآخَرِ يُقْضَى للخارِجِ؛ لأنّ دَعْوَى الإرْث دَعْوَى مِلْكِ المَيِّتِ فكُلُّ واحدةٍ من البيِّنَتَيْنِ أظْهَرَتْ مِلْكَ المَيِّتِ لَكِنْ قامَ الوارِثُ مَقامَ المَيِّتِ في مِلْكِ المَيِّتِ فكأنّ الوارِثَيْنِ ادَّعَيا مِلْكًا مُطْلَقًا أو موَقَّتًا من [٤/ ٦٨ب] غيرِ سببٍ وهناك الجوابُ هَكذا في الفُصولِ كُلِّها من الاتِّفاقِ والاختِلافِ إلاّ في فصلٍ واحدٍ وهو ما إذا قامَتْ إحدى البيِّنَتَيْنِ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ والأُخرى على مِلْكٍ موَقَّتٍ فإنّ هنا يُقْضَى للخارِجِ بالاتِّفاقِ ولا عِبْرةَ للوَقْتِ كما لا عِبْرةَ له في دَعْوَى المورِّثَيْنِ.

وهذا - على أصلِ أبي حنيفةَ ومحمّد - رحمهما الله يَطَّرِدُ [فأما] [٤] على أصلِ أبي

---

(١) في المخطوط: «وجه قول أبي حنيفة ومحمد».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.

يوسفَ فيُشْكَلُ وإنْ كان السَّبَبُ هو الشِّراءَ بأنِ ادَّعَى الخارِجُ أنّه اشترى هذِه الدّارَ من صاحبِ اليَدِ بألفِ درهَمٍ ونَقَدَه الثّمَنَ وادَّعَى صاحبُ اليَدِ أنّه اشتراها من الخارِجِ ونَقَدَه الثّمَنَ وأقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ على ذلك فإنْ أقاما البيِّنةَ على الشِّراءِ من غيرِ وقتٍ ولا قبضٍ لا تُقْبَلُ البيِّنتانِ في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ ولا يجبُ لِواحدٍ منهما على صاحبه شيءٌ ويتْرُكُ المُدَّعى في يَدِ ذي اليَدِ وعند محمّدٍ يُقْضَى بالبيِّنَتيْنِ ويُؤمَرُ بتسليمِ المُدَّعى إلى الخارِجِ.

-(وجه) قولِ محمّدٍ: أنّ التّوْفيقَ بين الدَّليلينِ واجبٌ بقدرِ الإمكانِ وأمكَنَ التّوْفيقُ هنا بين البيِّنَتَيْنِ بتَصْحيحِ العقدَيْنِ بأنْ يُجْعَلَ كأنّ صاحبَ اليَدِ اشتراه أوّلاً من الخارِجِ وقَبَضَه [ثم اشتراه الخارجُ من صاحبِ اليَدِ ولم يَقْبِضْه حتى باعه من صاحبِ اليَدِ فيوجَدُ العقدانِ على الصِّحّةِ لَكِنْ بتَقْديرِ تاريخٍ وقبضٍ] (١) وفي هذا التّقْديرِ تَصْحيحُ العقدَيْنِ فوَجَبَ القولُ به ولا وجهَ للقولِ بالعَكْسِ من ذلك بأنْ يُجْعَلَ كأنّ الخارجَ اشترى أوّلاً من صاحبِ اليَدِ ولم يَقْبِضْه حتى باعه من صاحبِ اليَدِ؛ لأنّ في هذا التّقْديرِ إفسادَ العقدِ الأخيرِ لأنّه بيعُ العَقارِ المَبيعِ قبلَ القبضِ وأنّه غيرُ جائزٍ عندَه فتَعَيَّنَ تَصْحيحُ العقدَيْنِ بالتّقْديرِ الذي قُلْنا وإذا صَحَّ العقدانِ يَبْقَى المُشترَى في يَدِ صاحبِ اليَدِ فيُؤمَرُ بالتّسْليمِ إلى الخارِجِ.

(وجه) قولِ أبي يوسفَ وأبي حنيفةَ: أنّ كُلَّ مُشترٍ يكونُ مُقِرًّا (بكَوْنِ البيعِ مِلْكًا) (٢) للبائعِ فكان دَعْوَى الشِّراءِ من كُلِّ واحدٍ منهما إقرارًا بمِلْكِ المَبيعِ لِصاحبه فكانت البيِّنتانِ قائمَتَيْنِ على إقرارِ كُلِّ واحدٍ منهما بالمِلْكِ لِصاحبه وبين موجِبي الإقرارَيْنِ تَنافٍ فتَعَذَّرَ (٣) العملُ بالبيِّنَتَيْنِ أصلاً وإنْ وُقِّتَتِ البيِّنتانِ ووَقْتُ الخارجِ أسْبَقُ فإذا لم يَذْكُروا قبضًا يَقْضي بالدّارِ لِصاحبِ اليَدِ عندَهما (٤) وعند محمّدٍ يُقْضَى للخارِجِ؛ لأنّ وقتَ الخارِجِ إذا كان أسْبَقَ جُعِلَ كأنّه اشترى الدّارَ أوّلاً ولم يَقْبِضْها حتى باعها من صاحبِ اليَدِ [عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ وعند محمّدٍ يُقْضَى للخارِجِ؛ لأنّ وقتَ الخارِجِ إذا كان أسْبَقَ جُعِلَ كأنّه اشترى الدّارَ أوّلاً ولم يَقْبِضْها حتى باعها من صاحبِ اليَدِ] (٥) وبيعُ العَقارِ قبلَ القبضِ لا

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «بالملك».
(٣) في المخطوط: «فيهمل».
(٤) في المخطوط: «عند أبي حنيفة وأبي يوسف».
(٥) ليست في المخطوط.

يجوزُ عند محمّدٍ وإذا لم يجُزْ بَقيَ على مِلْكِ الخارجِ وعندَهما ذلك جائزٌ فصَحَّ البيعانِ ولو ذَكَروا القبضَ جازَ البيعانِ ويُقْضَى بالدّارِ لِصاحبِ اليَدِ بالإجماعِ ؛ لأنّ بيعَ العَقارِ بعدَ القبضِ جائزٌ بلا خلافٍ فيجوزُ البيعانِ.

(وأمّا) إذا كان وقتُ صاحبِ اليَدِ أسْبَقَ ولم يَذْكُروا قبضًا يُقْضَى بها للخارجِ لأنّه إذا كان وقتُه أسْبَقَ يُجْعَلُ سابقًا في الشِّراءِ كأنّه اشترى من الخارجِ وقَبَضَ ثم اشترى منه الخارجُ ولم يَقْبِضْ فيُؤمَرُ بالدَّفْعِ إليه.

وكذلك إنْ ذَكَروا قبضًا لأنّه يُقَدَّرُ كأنّه اشترى من صاحبِ اليَدِ أوّلاً وقَبَضَ ثم اشترى الخارجُ منه وقَبَضَ [أيضًا] [١] ثم عادَتْ إلى يَدِ صاحبِ اليَدِ بوجهٍ آخَرَ والله أعلم وإنْ كان السَّبَبُ هو النِّتاجَ وهو الوِلادةُ في المِلْكِ فنَقولُ لا يخلو إمّا أنْ قامَتِ البَيِّنَتانِ على النِّتاج [٢] مُطْلَقَتَيْنِ عن الوقْتِ وإمّا أنْ وقَّتا [٣] وقتًا فإنْ لم يوَقِّتا وقتًا يُقْضَى لِصاحبِ اليَدِ ؛ لأنّ البَيِّنَةَ القائمةَ على النِّتاج قائمةٌ على أوّليّةِ المِلْكِ وقد استوَتِ البَيِّنَتانِ في إظهارِ الأوّليّةِ فتَتَرَجَّحُ بَيِّنةُ صاحبِ اليَدِ باليَدِ فيُقْضَى ببيِّنَتِه وقد رُوِيَ عن جابرٍ رضي الله عنه أنّ رجلاً ادَّعَى بين يَدَيْ رَسُولِ الله ﷺ نِتاجَ ناقةٍ في يَدِ [٤] رجلٍ وأقامَ البَيِّنَةَ عليه وأقامَ ذُو اليَدِ البَيِّنَةَ على مثلِ ذلك فقَضَى رَسُولُ الله ﷺ بالنّاقةِ لِصاحبِ اليَدِ وهذا [٥] ظاهرُ مذهَبِ أصحابِنا.

وقال عيسَى بنُ أبانَ من أصحابِنا : إنّه لا يُقْضَى لِصاحبِ اليَدِ بل تَتَهاتَرُ البَيِّنَتانِ ويُتْرَك المُدَّعَى في يَدِ صاحبِ اليَد قَضاءَ تَرْكٍ وهذا خلافِ مذهَبِ أصحابِنا فإنّه نَصَّ على لَفْظة القَضاءِ والتّرْكِ في يَدِ صاحبِ اليَدِ (لا يكونُ) [٦] قَضاءَ حَقيقةً وكذا في الحديثِ الذي رَوَيْناه عن النبيِّ ﷺ أنّه قَضَى بذلك لِصاحبِ اليَدِ وكذلك في دَعْوَى النِّتاج من الخارجَيْنِ على ثالِثٍ يُقْضَى [٤/ ٦٩أ] بينهما نصفَيْنِ ولا يُتْرَكُ في يَدِ صاحبِ اليَدِ، دَلَّ أنّ ما ذَكَره خلافُ مذهَبِ أصحابِنا.

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) زاد في المخطوط: «وإما أن قامت إحداهما على النتاج والأخرى على ملك المطلق، فإن قامت البينتان على النتاج فلا تخلو إما أن كانت البينتان».

(٣) في المخطوط: «وقتتا».

(٤) في المخطوط: «يدي».

(٥) في المخطوط: «وهو».

(٦) في المخطوط: «ليكون».

ولو أقامَ أحدُهما البَيِّنةَ على النِّتاج والآخَرُ على المِلْكِ المُطْلَقِ عن النِّتاج فبَيِّنةُ النِّتاج أولى لِما قُلْنا إنّها قامَتْ على أوّلِيّةِ المِلْكِ لِصاحبه فلا تَثْبُتُ لِغيرِه إلاّ بالتّلَقّي منه .

و[أمّا] [1] إنْ وُقِّتَتِ البَيِّنَتانِ فإنِ اتَّفَقَ الوقْتانِ فكذلك السُّقوطُ اعتِبارُهما لِلتَّعارُضِ فبَقِيَ دَعْوَى المِلْكِ المُطْلَقِ وإنِ اختَلَفا بحُكْمِ سِنِّ الدّابّةِ فتُقْضَى لِصاحبِ الوقْتِ الذي وافَقَه السِّنُّ؛ لأنّه ظَهَرَ أنّ البَيِّنةَ الأُخرى كاذِبةٌ بيَقينٍ هذا إذا عُلِمَ سِنُّها، فأمّا إذا أُشْكِل سَقَطَ اعتِبارُ التّاريخِ لأنّه يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ سِنُّها موافِقًا لِهذا الوقْتِ ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ موافِقًا لِذلك الوقْتِ ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ مُخالفًا لهما جميعًا فيَسْقُطُ اعتِبارُهما كأنّهما سَكَتا عن التّاريخِ أصلاً، وإنْ خالَفَ سِنُّها الوقْتَيْنِ جميعًا سَقَطَ الوقْتُ كذا ذَكَره في ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأنّه ظَهَرَ بُطْلانُ التّوْقيتِ فكأنّهما لم يوَقِّتا فبَقِيَتِ البَيِّنَتانِ قائمَتَيْنِ على مُطْلَقِ المِلْكِ من غيرِ تَوْقيتٍ وذَكَر الحاكِمُ في مُخْتَصَرِه أنّ في رِوايةِ أبي اللَّيْثِ تَتَهاتَرُ البَيِّنَتانِ، قال: وهو الصّحيحُ .

(ووجهُه) أنّ سِنّ الدّابّةِ إذا خالَفَ الوقْتَيْنِ فقد تَيَقَّنّا بكذِبِ البَيِّنَتَيْنِ فالتَحَقَتا بالعَدَمِ فيُتْرَكُ المُدَّعي في يَدِ صاحبِ اليَدِ كما كان .

والجوابُ أنّ مُخالَفةَ السِّنِّ [2] الوقْتَيْنِ يوجِبُ كذِبَ الوقْتَيْنِ لا كذِبَ البَيِّنَتَيْنِ أصلاً ورَأسًا، وكذلك لو اختَلَفا في جاريةٍ فقال الخارجُ إنّها وُلِدَتْ في مِلْكي من أَمَتي هذِه وقال صاحبُ اليَدِ كذلك يُقْضَى لِصاحبِ اليَدِ لِما قُلْنا .

وكذلك لو اختَلَفا في الصّوفِ والمِرْعِزَّى [3] وأقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البَيِّنةَ [4] أنّه له جَزُّه في مِلْكِه يُقْضَى لِصاحبِ اليَدِ، وكذلك لو اختَلَفا في الغَزْلِ، وأقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البَيِّنةَ أنّه له غَزْلُه من قُطْنٍ هو له [5]، يُقْضَى لِصاحبِ اليَدِ .

والأصلُ أنّ المُنازَعةَ إذا وقَعَتْ: في سببِ مِلْكٍ لا يحتملُ التّكْرارَ [6] كان بمنزِلةِ النِّتاج فيُقْضَى لِصاحبِ اليَدِ فإذا وقَعَتْ في سببِ مِلْكٍ يحتملُ التّكْرارَ [7] [لا يكونُ في معنى

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «البينتين».
(٣) المِرْعِزّى: الزغب الذي تحت شعر العنز، انظر: المصباح المنير (١/ ٢٣٠)، والزغب: صغار الريش والشعر ولينه، والزغب: ما يبقى في رأس الشيخ عند رقة شعره، المعجم الوسيط (ص ٤٠٩).
(٤) في المخطوط: «بينة».
(٥) في المخطوط: «ملكه».
(٦) في المخطوط: «التكرر».
(٧) في المخطوط: «التكرر».

النّتاج ويُقْضَى للخارجِ وإنْ أُشْكِلَ الأمرُ في المِلْكِ أنّه يحتملُ التّكْرارَ] (١) أو لا يُقْضَى للخارجِ أيضًا .

فعلى هذا إذا اختَلَفا في اللَّبَنِ فأقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ أنّه له حُلِبَ في يَدِه وفي مِلْكِه يُقْضَى لِصاحبِ اليَدِ؛ لأنّ اللَّبَنَ الواحدَ لا يحتملُ الحلْبَ مَرَّتَيْنِ فكان في معنى النِّتاج .

وكذلك لو ادَّعَى كُلُّ واحدٍ منهما أنّ الشّاةَ التي حَلَبَ منها اللَّبَنَ نَتَجَتْ عندَه يُقْضَى لِصاحبِ اليَدِ بالشّاةِ واللَّبَنِ جميعًا، وكذلك لو اختَلَفا في جُبنٍ وأقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ أنّه له صَنَعُه في مِلْكِه يُقْضَى لِصاحبِ اليَدِ؛ لأنّ اللَّبَنَ الواحدَ لا يحتملُ أنْ يَصْنَعَ جُبنًا مَرَّتَيْنِ فكان بمنزِلةِ النِّتاج .

ولو اختَلَفا في الأرضِ والنّخْلِ وادَّعَى كُلُّ واحدٍ منهما أنّه أرضُه غَرَسَ النَّخْلَ فيها (٢) يُقْضَى بها (٣) للخارجِ؛ لأنّ هذا ليس في معنى النِّتاج؛ لأنّ النِّتاجَ سببٌ لِمِلْكِ الولَدِ والغَرْسُ ليس (بسببٍ لِمِلْكِ) (٤) الأرضِ وكذا الغَرْسُ مِمّا يحتملُ التّكْرارَ فلم يَكُنْ في معنى النِّتاج .

وكذلك لو اختَلَفا في الحُبوبِ النّابِتةِ والقُطْنِ الثّابِتِ (٥) ادَّعَى كُلُّ واحدٍ منهما أنّه له زَرْعُه في أرضِه فإنّه يُقْضَى بالأرضِ والحبِّ والقُطْنِ للخارجِ، وكذلك لو اختَلَفا في البِناءِ ادَّعَى [كُلُّ واحدٍ منهما] (٦) أنّه بُنِيَ على أرضِه لِما قُلْنا، ولو اختَلَفا في حُليٍّ مَصوغٍ ادَّعَى كُلُّ واحدٍ منهما أنّه صاغَه في مِلْكِه يُقْضَى للخارجِ؛ لأنّ الصّياغةَ تحتملُ التّكْرارَ (٧) فلم تكُنْ في معنى النِّتاج .

ولو اختَلَفا في ثوبِ خَزٍّ أو شَعْرٍ وأقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ أنّه له نَسَجَه في مِلْكِه فإنْ عُلِمَ أنّ ذلك لا يُنْسَجُ إلاّ مَرّةً واحدةً يُقْضَى لِصاحبِ اليَدِ؛ لأنّه بمنزِلةِ النِّتاج وإنْ عُلِمَ أنّه يُنْسَجُ مَرَّتَيْنِ يُقْضَى للخارجِ، وكذا إنْ كان مُشْكِلاً، وكذلك لو اختَلَفا في سَيْفٍ مَطْبوعٍ وادَّعَى كُلُّ واحدٍ منهما أنّه طَبَعَ في مِلْكِه (يرجعُ في هذا) (٨) إلى أهلِ العِلْمِ بذلك .

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فيهما».
(٣) في المخطوط: «بهما».
(٤) في المخطوط: «سبب ملك».
(٥) في المخطوط: «النابت».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «التكرر».
(٨) في المخطوط: «رجع».

ولو اختَلَفا في جاريةٍ وأقامَ [(١)] كُلُّ واحدٍ منهما البَيِّنةَ أنّ أُمَّها أمَتُه [(٢)] وأنّها ولَدَتْ هذِه في مِلْكِه يُقْضَى بالجاريةِ وبِأُمِّها للخارجِ؛ لأنّ هذا ليس دَعْوَى النِّتاج بل هو دَعْوَى المِلْكِ المُطْلَقِ - وهو مِلْكُ الأمِّ - والبَيِّنةُ بَيِّنةُ الخارجِ في المِلْكِ المُطْلَقِ فيُقْضَى بالأمِّ للخارجِ ثم يُمْلَكُ الولَدُ بمِلْكِ الأمِّ، وكذلك لو اختَلَفا في الشّاةِ مع الصّوفِ وأقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البَيِّنةَ أنّ هذِه الشّاةَ مملوكةٌ له وأنّ هذا صوفُ هذِه الشّاةِ يُقْضَى بالشّاةِ والصّوفِ للخارجِ لَما قُلْنا.

شاتانِ إحداهما بَيْضاءُ والأُخرى سَوْداءُ وهما في [٤/ ٦٩ب] يَدِ رجلٍ فأقامَ الخارجُ البَيِّنةَ على أنّ الشّاةَ البَيْضاءَ شاتُه ولَدَتْها السَّوْداءُ في مِلْكِه وأقامَ صاحبُ اليَدِ البَيِّنةَ على أنّ السَّوْداءَ شاتُه ولَدَتْها البَيْضاءُ في مِلْكِه يُقْضَى لِكُلِّ واحدٍ منهما بالشّاةِ التي شَهِدَتْ شُهودُه أنّها وُلِدَتْ في مِلْكِه فيُقْضَى للخارجِ بالبَيْضاءِ ولِصاحبِ اليَدِ بالسَّوْداءِ؛ لأنّ بَيِّنةَ الخارجِ قامَتْ على النِّتاج في البَيْضاءِ وبَيِّنةُ ذي اليَدِ قامَتْ فيها على مِلْكٍ مُطْلَقٍ فبَيِّنةُ النِّتاج أولى كذا بَيِّنةُ ذي اليَدِ قامَتْ على النِّتاج في السَّوْداءِ وبَيِّنةُ الخارجِ فيها قامَتْ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ فبَيِّنةُ النِّتاج أولى.

ولو اختَلَفا في اللَّبَنِ الذي صُنِعَ منه الجُبنُ فأقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البَيِّنةَ أنّ اللَّبَنَ الذي صُنِعَ منه الجُبنُ في مِلْكِه فيُقْضَى للخارجِ؛ لأنّ البَيِّنةَ القائمةَ على مِلْكِ اللَّبَنِ قائمةٌ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ لا على أوّليّةِ المِلْكِ فبَيِّنةُ الخارجِ أولى في دَعْوَى المِلْكِ المُطْلَقِ.

ولو ادَّعَى عبدًا في يَدِ إنسانٍ أنّه اشتراه من فُلانٍ وأنّه وُلِدَ في مِلْكِ الذي اشتراه منه وأقامَ ذو اليَدِ البَيِّنةَ أنّه اشتراه من رجلٍ آخَرَ وأنّه وُلِدَ في مِلْكِه يُقْضَى لِصاحبِ اليَدِ؛ لأنّ دَعْوَى الوِلادةِ في مِلْكِ بائعِه بمنزِلةِ دَعْوَى الوِلادةِ في مِلْكِه لأنّه تَلَقَّى المِلْكَ من جِهَتِه وهناك يُقْضَى له كذا هذا.

وكذلك لو ادَّعَى ميراثًا أو هبةً أو صَدَقةً أو وصيّةً وأنّه وُلِدَ في مِلْكِ المورِّثِ والواهبِ والموصي فإنّه يُقْضَى لِصاحبِ اليَدِ لِما قُلْنا.

ولو ادَّعَى الخارجُ مع ذي اليَدِ كُلُّ واحدٍ منهما النِّتاجَ فقَضَى لِصاحبِ اليَدِ ثم جاءَ رجلٌ

---

(١) في المخطوط: «وادعى».

(٢) زاد في المخطوط: «وأقاما البينة على ذلك».

وادَّعَى النِّتاجَ وأقامَ البيِّنةَ عليه يُقْضَى له إلاّ أنْ يُعيدَ صاحبُ اليَدِ البيِّنةَ على النِّتاج فيكونُ هو أولى؛ لأنّ القَضاءَ على المُدَّعي الأوّلِ لا يكونُ قَضاءً على المُدَّعي الثّاني فلم يَكُنِ الثّاني مقضيًّا عليه فتُسْمَعُ البيِّنة منه.

فرقٌ بين المِلْكِ وبين العِتْقِ أنّ القَضاءَ بالعِتْقِ على شَخْصٍ واحدٍ يكونُ قَضاءً على النّاس كافّةً والقَضاءُ بالمِلْكِ على شَخْصٍ [واحدٍ] [١] لا يكونُ قَضاءً على غيرِه وإنْ كانت بَيِّنةُ النِّتاج توجِبُ المِلْكَ بصِفةِ الأوّليّةِ وأنّه لا يحتملُ التّكْرارَ كالعِتْقِ.

(ووجه) الفرْقِ أنّ العِتْقَ حَقُّ الله تعالى، ألا تَرَى أنّ العبدَ لا يَقْدِرُ على إبطالِه حتى لا يجوز استِرْقاقُ الحُرِّ برِضاه ولو كان حَقُّ العبدِ لَقَدرَ على إبطالِه كالرِّقِّ وإذا كان حَقُّ الله تعالى فالنّاسُ في إثْباتِ حُقوقِه [٢] خُصومٌ عنه بطريقِ النِّيابةِ لِكَوْنِهم عَبيدَه فكان حَضْرةُ الواحدِ كحَضْرةِ الكُلِّ والقَضاءُ على الواحد قَضاءٌ على الكُلِّ لاستِوائهم في العُبوديّةِ كالورَثةِ [٣] لَمّا قاموا مَقامَ المَيِّتِ في إثْباتِ حُقوقِه والدَّفْعِ عنه لِكَوْنِهم خُلَفاءَه فقامَ الواحدُ منهم مَقامَ الكُلِّ لاستِوائهم في الخلافةِ بخلافِ المِلْكِ فإنّه خالصُ حَقِّ العبدِ فالحاضِرُ فيه لا يَنْتَصِبُ خَصْمًا عن الغائبِ إلاّ بالإنابةِ حَقيقةً أو بثُبوتِ النِّيابةِ عنه شرعًا واتِّصالٍ بين الحاضِرِ والغائبِ فيما وقَعَ فيه الدَّعْوَى على ما عُرِفَ ولم يوجَدْ شيءٌ من ذلك فالقَضاءُ على غيرِه يكونُ قَضاءً على الغائبِ من غيرِ أنْ يكونَ عنه خَصْمٌ حاضِرٌ وهذا لا يجوزُ.

ولو شَهِدَ الشُّهودُ أنّ هذِه الحِنْطةَ من زَرْعٍ حُصِدَ من أرضِ هذا الرّجلِ لم يَكُنْ لِصاحبِ الأرض أنْ يَأخُذَها؛ لأنّه يُحتَمَلُ أنْ يكونَ البَذْرُ لِغيرِه ومِلْكُ الزَّرْعِ يَتْبَعُ مِلْكَ البَذْرِ لا مِلْكَ الأرضِ، ألا تَرَى أنّ الأرضَ المَغْصوبةَ إذا زَرَعَها الغاصِبُ من بَذْرِ نفسِه كانت الحِنْطةُ له ولو شَهِدوا أنّ هذِه الحِنْطةَ من زَرْعِ هذا أو هذا التّمرُ من نَخْلِ هذا يُقْضَى له؛ لأنّ مِلْكَ الحِنْطةِ والتّمرِ يَتْبَعُ مِلْكَ الزَّرْعِ والنَّخْلِ.

ولو قالوا: هذِه الحِنْطةُ من زَرْعٍ كان من أرضِه لم يَقْضِ له لأنّهم لو شَهِدوا أنّه حُصِدَ من أرضِه [٤] لم يَقْضِ له فهذا أولى.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «حق الله تعالى».
(٣) في المخطوط: «بمنزلة الورثة».
(٤) زاد في المخطوط: «أو من أرضه».

ولو شَهِدوا أنّ هذا [اللَّبَنَ وهذا الصّوفَ] (١) حِلابُ شاتِه و (٢) صوفُ شاتِه لم يَقْضِ له لِجوازِ أنْ تكونَ الشّاةُ له (وحِلابُها وصوفُها) (٣) لِغيرِه بأنْ أوصَى بذلك لِغيرِه.

هذا الذي ذَكَرنا كُلّه في دَعْوَى الخارِجِ (٤) المِلْكَ فأمّا دَعْوَى الخارِجَيْنِ على ذي اليَدِ (٥) المِلْكَ فنَقولُ: لا تَخْلو في الأصلِ من أحدِ وجهَيْنِ: إمّا أنْ يَدَّعيَ كُلُّ واحدٍ منهما قدرَ ما يَدَّعي الآخَرُ وإمّا أنْ يَدَّعيَ أكثرَ مِمّا يَدَّعي الآخَرُ فإنِ ادَّعَى كُلُّ واحدٍ منهما قدرَ ما يَدَّعي الآخَرُ فهو على التّفْصيلِ الذي ذَكَرنا أيضًا وهو أنّ البَيِّنَتَيْنِ إمّا أنْ قامَتا على مِلْكٍ مُطْلَقٍ عن الوقْتِ وإمّا أنْ قامَتا على مِلْكٍ موَقَّتٍ وإمّا أنْ قامَتْ إحداهما على مِلْكٍ مُطْلَقٍ والأُخرى على مِلْكٍ [٤/ ٧٠أ] موَقَّتٍ وكُلُّ ذلك بسببٍ أو بغيرِ سببٍ فإنْ قامَتِ البَيِّنَتانِ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ من غيرِ سببٍ فإنّه يُقْضَى بالمُدَّعَى بينهما نصفَيْنِ (٦) عند أصحابِنا (٧).

ولِلشّافعيِّ رحمه الله قولانِ في قولٍ تَتَهاتَرُ البَيِّنَتانِ ويُتْرَكُ المُدَّعَى في يَدِ صاحبِ اليَدِ، وفي قولٍ يُقْرَعُ بينهما فيُقْضَى لِمَنْ خَرَجَتْ له القُرْعةُ منهما (٨).

وجه قولِ الشافعي رحمه الله: أنّ العملَ بالبَيِّنَتَيْنِ مُتَعَذِّرٌ (لِتَنافٍ بين) (٩) موجِبهما لاستِحالةِ كونِ العَيْنِ الواحدةِ مملوكةً لاثنيْنِ على الكَمالِ في زَمانٍ واحدٍ فيَبْطُلانِ جميعًا إذْ ليس العملُ بإحداهما أولى من العملِ بالأُخرى لاستِوائهما في القوّةِ أو تُرَجَّحُ إحداهما بالقُرْعةِ لِوُرودِ الشّرعِ بالقُرْعةِ في الجُمْلةِ.

(ولَنا) أنّ البَيِّنةَ دَليلٌ من أدِلّةِ الشّرعِ والعملُ بالدَّليلينِ واجبٌ بالقدرِ المُمْكِنِ فإنْ أمكَنَ العملُ بهما من كُلِّ وجهٍ يُعْمَلُ بهما من كُلِّ وجهٍ وإنْ لم يُمْكِنِ العملُ بهما من كُلِّ وجهٍ يُعْمَلُ بهما من وجهٍ كما في سائرِ دَلائلِ الشّرعِ من ظَواهرِ الكِتابِ والسُّنَنِ (١٠) المشهورةِ

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «أو».

(٣) في المخطوط: «والحلاب والصوف».

(٤) زاد في المخطوط: «على ذي اليد دعوى».

(٥) زاد في المخطوط: «دعوى». (٦) في المخطوط: «نصفان».

(٧) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١٧/ ٣٩).

(٨) وفي مذهب الشافعية - إذا تعارضت البينتان - قولان: أحدهما: يسقطان معًا، والثاني: لا يسقطان، ثم ما يفعل؟ ثلاثة أقوال: (١) القسمة بينهما. (٢) القرعة بينهما. (٣) الوقف. انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٥٦٨، ٥٦٩).

(٩) في المخطوط: «لتنافي». (١٠) في المخطوط: «والسنة».

وأخبار الآحادِ والأقيسةِ الشّرعيّةِ إذا تعارَضَتْ وهنا إنْ تَعَذَّرَ العملُ بالبيِّنَتَيْنِ بإظهارِ المِلْكِ في كُلِّ المَحِلِّ أمكنَ العملُ بهما بإظهارِ المِلْكِ في النِّصْفِ فيُقْضَى لِكُلِّ واحدٍ منهما بالنِّصْفِ.

ولو قامَتا على مِلْكٍ موقَّتٍ من غيرِ سببٍ فإنِ استوَى الوقْتانِ فكذلك الجوابُ لأنّه إذا لم يَثْبُتْ سَبْقُ أحدِهما بحُكْمِ التّعارُضِ سَقَطَ التّاريخُ والتَحقَ بالعَدَمِ فبقيَ دَعْوَى المِلْكِ المُطْلَقِ وإنْ كان وقتُ أحدِهما أسْبَقَ من [وقت] [1] الآخَرِ فالأسْبَقُ أولى بالإجماعِ ولا يجيءُ هنا خلافُ محمّدٍ رحمه الله؛ لأنّ البيِّنةَ [من الخارجِ] [2] مسموعةٌ بلا خلافٍ والبيِّنَتانِ قامَتا من الخارجَيْنِ فكانتا مسموعَتَيْنِ ثم تَرَجَّحَ إحداهما بالتّاريخِ لأنّها أثبتَتِ المِلْكَ في وقتٍ لا تُعارِضُها فيه الأُخرى فيُؤمَرُ بالدَّفْعِ إليه إلى أنْ يقومَ الدَّليلُ على أنه بأيِّ طريقٍ انتَقَلَ [3] إليه المِلْكُ.

وإنْ أُرِّخَتْ إحداهما وأُطْلِقَتِ الأُخرى من غيرِ سببٍ يُقْضَى بينهما نصفَيْنِ عند أبي حنيفةَ ولا عِبْرةَ لِلتّاريخِ وعند أبي يوسفَ يُقْضَى لِصاحبِ الوقْتِ وعند محمّدٍ يُقْضَى لِصاحبِ الإطْلاقِ.

وجه قولِ محمّدٍ: أنّ البيِّنةَ القائمةَ على (المِلْكِ المُطْلَقِ) [4] أقوَى؛ لأنّ المِلْك المُطْلَقَ مِلْكه [5] من الأصلِ حُكْمًا ألا تَرَى أنّه يَظْهَرُ في الزَّوائدِ وتُسْتَحَقّ به الأولادُ والأكسابُ.

وهذا حُكْمُ ظُهورِ المِلْكِ من الأصلِ ولا يُسْتَحَقّ ذلك بالمِلْكِ الموقَّتِ فكانت البيِّنةُ القائمةُ عليه أقوَى فكان القَضاءُ بها أولى.

-**(وجه) قولِ أبي يوسفَ رحمه الله:** ما ذَكَرنا أنّ البيِّنةَ المُؤرَّخةَ تُظْهِرُ المِلْكَ في زَمانٍ لا تُعارِضُها فيه البيِّنةُ المُطْلَقةُ عن التّاريخِ بيَقينٍ بل تحتملُ المُعارِضةَ وعَدَمَها [فلا تَثْبُتُ المُعارِضةُ بالشَّكِّ فتَثْبُتُ بَيِّنةُ صاحبِ التّاريخِ بلا مُعارِضٍ] [6] فكان صاحبُ التّاريخِ أولى.

وجه قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله: ما مَرَّ أيضًا أنّ المِلْكَ الموقَّتَ يحتملُ أنْ يكونَ سابقًا

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) زاد في المخطوط: «منه».
(٤) في المخطوط: «مطلق ملك».
(٥) في المخطوط: «ملك».
(٦) ليست في المخطوط.

ويحتملُ أنْ يكونَ مُتَأخِّرًا لاحتِمالِ أنّ صاحبَ الإطْلاقِ لو أرَّخَ لَكان تاريخُه أقدَمَ [فلا] (١) يَثْبُتُ السَّبْقُ مع الاحتِمالِ فسَقَطَ اعتِبارُ التّاريخِ فبَقيَ دَعْوَى المِلْكِ المُطْلَقِ والله أعلم.

هذا إذا قامَتِ البَيِّنَتانِ من الخارجَيْنِ على ذي اليَدِ على المِلْكِ من غيرِ سببٍ فإنْ كان ذلك بسببٍ فنَقولُ لا يخلو إمّا أنِ ادَّعَيا المِلْكَ بسببٍ واحدٍ من الإرْثِ أو الشِّراءِ أو النِّتاج ونحوِها وإمّا أنِ ادَّعَياه بسببَيْنِ فإنِ ادَّعَيا المِلْكَ بسببٍ واحدٍ [وهو الميراث] (٢) فإنْ كان السَّبَبُ هو الإرْثَ فإنْ لم توَقِّتِ البَيِّنَتانِ فهو بينهما نصفانِ لِما ذَكَرنا أنّ المِلْكَ الموروثَ هو مِلْكُ المَيِّتِ بعدَ موتِه وإنّما الوارِثُ يخلُفُه ويقومُ مَقامَه في مِلْكِه.

ألا تَرَى أنّه يُجَهَّزُ من التّركةِ ويُقْضَى منها دُيونُه ويُرَدُّ الوارِثُ بالعَيْبِ ويُرَدُّ عليه فكان المورِّثَيْنِ حَضرا وادَّعَيا مِلْكًا مُطْلَقًا عن الوقْتِ (٣).

وإنْ وقَّتا (٤) وقتًا فإنْ كان وقتُهما واحدًا فكذلك لِما مَرَّ وإنْ كان أحدُ الوقْتَيْنِ أسْبَقَ يُقْضَى لِمَنْ هو أسْبَقُ وقتًا عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رحمهما الله وعند محمّدٍ رحمه الله يُقْضَى بينهما نصفَيْنِ ولا عِبْرةَ لِلتّاريخِ عندَه في الميراثِ لِما مَرَّ أنّ الموروثَ مِلْكُ المَيِّتِ والوارِثُ قامَ (٥) مَقامَه فلم يَكُنِ الموتُ تاريخًا لَمِلْكِ الوارِثِ (٦) فسَقَطَ التّاريخُ لِمِلْكِه والتَحَقَ بالعَدَمِ فبَقيَ دَعْوَى المِلْكِ المُطْلَقِ عن التّاريخِ فيَسْتَوِيانِ فيه.

وعن محمّدٍ أنّهما إنْ لم يُؤَرِّخا مِلْكَ (٧) المَيِّتَيْنِ فكذلك فأمّا إذا أرَّخا مِلْكَ المَيِّتَيْنِ فيُقْضَى لأسْبَقِهما تاريخًا ذَكَره في نَوادِرِ هِشامٍ وأبو حنيفةَ وأبو يوسفَ رحمهما الله يقولانِ بل (٨) الوارِثُ بإقامةِ البَيِّنةِ يُظْهِرُ المِلْكَ للمورِّثِ لا لِنفسِه فيَصيرُ كأنّه حَضرَ المورِّثانِ [٤/ ٧٠ب] وأقامَ كُلُّ واحدٍ منهما بَيِّنةً (٩) مُؤَرَّخةً وتاريخُ أحدِهما أسْبَقُ ولو كان كذلك لَقُضيَ لأسْبَقِهما وقتًا لإثْباتِه المِلْك في وقتٍ لا تُعارِضُه فيه بَيِّنةُ الآخَرِ كذا هذا.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «التوقيت».
(٤) في المخطوط: «وقتتا».
(٥) في المخطوط: «قائم».
(٦) في المخطوط: «المورث».
(٧) في المخطوط: «لملك».
(٨) في المخطوط: «بلى».
(٩) في المخطوط: «البينة».

ولو وُقِّتَتْ إحداهما ولم توقَّتِ الأُخرى يُقْضَى بينهما نصفَيْنِ [١] بالإجماعِ أمّا عند محمّدٍ فإنّ التّاريخَ في بابِ الميراث ساقِطٌ فالتَحَقَ بالعَدَمِ وأمّا عندَهما فيَصيرُ كأنّ المورِّثَيْنِ الخارِجَيْنِ حَضرا و [٢] ادَّعَيا مِلْكًا فأرَّخَه أحدُهما ولَم يُؤَرِّخْه الآخَرُ وهناك كان المُدَّعَى بينهما نصفَيْنِ فكذا هنا لأنّهما ادَّعَيا تَلَقّيَ المِلْكِ [فيه] [٣] من رجلينِ ولا عِبْرَةَ فيه بالتّاريخِ.

وإنْ كان السَّبَبُ هو الشِّراءَ فنقولُ لا تَخْلو إمّا أنْ تكونَ الدّارُ في يَدِ ثالِثٍ وإمّا أنْ تكونَ في يَدِ أحدِهما وكُلُّ ذلك لا يخلو إمّا أنِ ادَّعَيا الشِّراءَ من واحدٍ وإمّا أنِ ادَّعَياه من اثنيْنِ فإنْ كانت في يَدِ ثالِثٍ وادَّعَيا الشِّراءَ من واحدٍ فإنْ كان صاحبُ اليَدِ وأقاما البَيِّنَةَ على الشِّراءِ منه بثَمَنٍ مَعْلومٍ ونَقَدَ الثّمَنَ مُطْلَقًا عن التّاريخِ وذَكَر القبضَ يُقْضَى بينهما نصفَيْنِ عندَنا.

وللشافعي فيه قولانِ: في قولٍ: تَتَهاتَرُ البَيِّنَتانِ، وفي قولٍ: يُقْرَعُ بينهما فيُقْضَى لِمَنْ خَرَجَتْ له القُرْعةُ وهي مسألةُ التّهاتُرِ (وقد تَقَدَّمَتْ) [٤] وإذا قُضيَ بالدّارِ بينهما نصفَيْنِ يكونُ لهما الخيارُ إنْ شاء أخذ كُلُّ واحدٍ منهما نصفَ الدّارِ بنصفِ الثّمَنِ وإنْ شاء نَقَضَ؛ لأنّ غَرَضَ كُلِّ واحدٍ منهما من الشِّراءِ الوُصولُ إلى جميعِ المَبيعِ ولم يَحْصُلْ فأوجَبَ ذلك خَلَلًا في الرِّضا فلِذلك أُثْبِت لهما الخيارُ فإنِ اختارَ كُلُّ واحدٍ منهما أَخْذَ نصفِ الدّارِ رجع على البائعِ بنصفِ الثّمَنِ لأنّه لم يُحَصِّلْ له إلاّ نصفُ المَبيعِ وإنِ اختارَ الرَّدَّ رجع كُلُّ واحدٍ منهما بجميعِ الثّمَنِ لأنّه انفَسَخَ البيعُ فإنِ اختارَ أحدُهما الرَّدَّ والآخَرُ الأخْذَ فإنْ كان ذلك بعدَ قَضاءِ القاضي وتَخْييرِه إيّاهما فليس له أنْ يَأْخُذَ إلاّ النِّصْفَ بنصفِ الثّمَنِ؛ لأنّ حُكْمَ القاضي بذلك أوجَبَ انفِساخَ العقدِ في حَقِّ كُلِّ واحدٍ منهما في النِّصْفِ فلا يَعودُ إلاّ بالتّحْديدِ كما إذا قَضَى القاضي بالدّارِ المشفوعةِ لِلشَّفيعَيْنِ ثم سَلَّمَ أحدُهما [الشُّفْعةَ] [٥] لا يكونُ لِصاحبه إلاّ نصفُ الدّارِ، فأمّا إذا اختارَ أحدُهما [تَرْكَ الخُصومةِ] [٦] قبلَ تَخْييرِ القاضي فللآخَرِ أنْ يَأْخُذَ جميعَ المَبيعِ بجميعِ الثّمَنِ؛ لأنّ المُسْتَحَقَّ بالعقدِ (كُلُّ البيعِ) [٧] والامتِناعُ بحُكْمِ المُزاحَمةِ فإذا انقَطَعَتْ فقد زالَ المانِعُ كأحدِ الشَّفيعَيْنِ إذا سَلَّمَ الشُّفْعةَ

---

(١) في المخطوط: «نصفان».
(٢) في المخطوط: «لأنهما».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «وقد مرت من قبل».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «هو جميع المبيع».

قبلَ قَضاءِ القاضي بالدّارِ المشفوعةِ يُقْضَى لِصاحبه بالكُلِّ.

وكذلك إذا ادَّعَى كُلُّ واحدٍ منهما الشِّراءَ من رجلٍ آخَرَ سِوَى صاحبِ اليَدِ وأقامَ البَيِّنَةَ على ذلك يُقْضَى بالدّارِ بينهما نصفَيْنِ (عندَنا وثَبَتَ) [(١)] الخيارُ لِكُلِّ واحدٍ منهما.

والكَلامُ في تَوابعِ الخيارِ على نحوِ ما بَيَّنّا غيرَ أنّ هناك الشَّهادةَ القائمةَ على الشِّراءِ من صاحبِ اليَدِ وهو البائعُ تُقْبَلُ من غيرِ ذِكر المِلْكِ له والشَّهادةُ القائمةُ على الشِّراءِ من غيرِ صاحبِ اليَدِ لا تُقْبَلُ إلاّ بذِكْرِ المِلْكِ للبائعِ؛ لأنّ المَبيعَ في الفصلِ [(٢)] الأوّلِ في يَدِ البائعِ واليَدُ دَليلُ المِلْكِ فوَقَعَتِ الغُنْيةُ عن ذِكْرِه وفي الفصلِ الثّاني المَبيعُ ليس في يَدِ البائعِ فدَعَتِ [(٣)] الحاجةُ إلى ذِكْرِه لِصِحّةِ البيعِ [(٤)] والله أعلم.

هذا إذا لم تُؤَرِّخِ البَيِّنَتانِ فأمّا إذا أُرِّخَتا فإنِ استوَى التّاريخانِ فكذلك لِسُقوطِ اعتِبارِهما بالتّعارُضِ فبَقِيَ دَعْوَى مُطْلَقِ الشِّراءِ وإنْ كانت إحداهما أسْبَقَ [فالأسبق] [(٥)] تاريخًا كانت أولى بالإجماعِ لأنّها تُظْهِرُ المِلْكَ في وقتٍ لا تُعارِضُها فيه الأُخرى فتَنْدَفِعُ بها الأُخرى.

ولو أُرِّخَتْ إحداهما وأُطْلِقَتِ الأُخرى فالمُؤَرَّخةُ أولى لأنّها تُظْهِرُ المِلْكَ في زَمانٍ مُعَيَّنٍ والأُخرى لا تَتَعَرَّضُ للوَقْتِ فتحتملُ السَّبْقَ والتّأخيرَ فلا تُعارِضُها مع الشَّكِّ والاحتِمالِ ولو لم تُؤَرِّخِ البَيِّنَتانِ ولَكِنْ ذَكَرَتْ إحداهما القبضَ فهي أولى لأنّها لَمّا أثبَتَتْ قبضَ المَبيعِ جُعِلَ كأنّ بيعَ صاحبِ القبضِ [أسبَقُ فيكونُ أولى وكذلك لو ذَكَرَتْ إحداهما تاريخًا والأُخرى قبضًا فبَيِّنةُ القبضِ] [(٦)] أولى إلاّ أنْ تَشْهَدَ بَيِّنةُ التّاريخِ أنّ شِراءَه [(٧)] قبلَ شِراءِ الآخَرِ فيُقْضَى له ويرجعُ الآخَرُ بالثّمَنِ على البائعِ وكذا لو أرَّخا [(٨)] تاريخًا واحدًا وذَكَرَتْ إحداهما القبضَ فبَيِّنةُ القبضِ أولى إلاّ إذا كان وقتُ الآخَرِ أسْبَقَ.

هذا إذا ادَّعَيا الشِّراءَ من واحدٍ وهو صاحبُ اليَدِ أو غيرُه فأمّا إذا ادَّعَيا الشِّراءَ من اثنيْنِ سِوَى صاحبِ اليَدِ مُطْلَقًا عن الوقتِ وأقاما [(٩)] البَيِّنَةَ على ذلك يُقْضَى بينهما نصفَيْنِ لأنّهما ادَّعَيا تَلَقّيَ المِلْكِ من البائعَيْنِ فقاما مَقامَهما فصارَ كأنّ البائعَيْنِ الخارِجَيْنِ حَضرا وأقاما

---

(١) في المخطوط: «على ذلك ويثبت».

(٢) في المخطوط: «الأصل».

(٣) في المخطوط: «فوقعت».

(٤) في المخطوط: «المبيع والله أعلم».

(٥) زيادة من المخطوط.

(٦) ليست في المخطوط.

(٧) زاد في المخطوط: «كان».

(٨) في المخطوط: «أرختا».

(٩) في المخطوط: «وأقامتا».

البَيِّنَةَ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ ولو كان كذلك يُقْضَى [٤/ ٧١أ] بينهما نصفَيْنِ كذا هذا ويَثْبُتُ لهما الخيارُ والكَلامُ في الخيارِ على نحوِ ما ذَكَرنا.

ولو وقِّتَتِ البَيِّنَتانِ فإنْ كان وقتُهما واحدًا فكذلك، وإنْ كان أحدُهما أسْبَقَ من الآخَرِ فالأسْبَقُ تاريخًا أولى عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وكذا عند محمّدٍ في رِوايةِ الأُصولِ بخلافِ الميراثِ أنّه يكونُ بينهما نصفانِ عندَه، ووجه الفرْقِ له ذَكَرَه الرازي وهو أنّ المُشتريَ يُثْبِتُ المِلْكَ لِنفسِه والوارِثُ يُثْبِتُ المِلْكَ للمَيِّتِ، وعن محمّدٍ في الإملاءِ أنّه سَوّى بين الميراثِ والشِّراءِ، وقال: لا عِبْرةَ بالتّاريخِ في الشِّراءِ أيضًا إلاّ أنْ يُؤَرِّخا مِلْكَ البائعَيْنِ وإنْ وُقِّتَتْ إحداهما ولم توَقَّتِ الأُخرى يُقْضَى بينهما نصفَيْنِ ولا عِبْرةَ لِلتّاريخِ أيضًا.

فرق بين هذا وبين ما إذا ادَّعَيا الشِّراءَ من رجلٍ واحدٍ فوُقِّتَتْ بَيِّنةُ أحدِهما وأُطْلِقَتِ الأُخرى أنّ بَيِّنةَ الوقْتِ أولى.

ووجه الفرْقِ أنّهما إذا ادَّعَيا الشِّراءَ من اثنيْنِ فقد ادَّعَيا تَلَقِّيَ المِلْكِ من البائعَيْنِ، فتاريخُ إحدى البَيِّنَتَيْنِ لا يَدُلُّ على سَبْقِ أحدِ الشراءين، بل يجوزُ أنْ يكونَ شِراءُ صاحبه أسْبَقَ من شِرائه فلا يُحْكَمُ بسَبْقِ أحدِهما مع الاحتِمالِ فيُقْسَمُ بينهما نصفَيْنِ بخلافِ ما إذا ادَّعَيا الشِّراءَ من واحدٍ؛ لأنّ هناك اتَّفَقا على تَلَقِّي المِلْكِ من واحدٍ فتاريخُ إحدى البَيِّنَتَيْنِ أوجَبَ تَلَقِّيَ المِلْكِ منه في زَمانٍ لا يُنازِعُه فيه أحدٌ فيُؤْمَرُ بالدَّفْعِ إليه حتى يقومَ على التّلَقّي منه دَليلٌ [آخَرُ] (١).

هذا إذا كانت الدّارُ في يَدِ ثالِثٍ، فإنْ كانت في يَدِ أحدِهما فإنِ ادَّعَيا الشِّراءَ من واحدٍ فصاحبُ اليَدِ أولى سَواءٌ أرَّخَ الآخَرُ أو لم يُؤَرِّخ وسَواءٌ ذَكَر شُهودَ (٢) القبضِ أو لم يَذْكُرْ؛ لأنّ القبضَ من صاحبِ اليَدِ أقوى لِثُبوتِه حِسًّا ومُشاهَدةً وقبضُ الآخَرِ لم يَثْبُتْ إلاّ ببَيِّنةٍ تحتملُ الصِّدْقَ والكذِبَ فكان القبضُ المَحْسوسُ أولى فصارَ الحاصِلُ أنّ القبضَ الثّابِتَ بالحِسِّ أولى من الثّابِتِ بالخبَرِ ومن التّاريخِ أيضًا والقبضُ الثّابِتُ بالخبَرِ أولى من التّاريخِ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «شهوده».

وإنِ ادَّعَيا الشِّراءَ من اثنيْنِ يُقْضَى للخارجِ سَواءٌ وُقِّتَتِ البَيِّنَتانِ أو لا أو وُقِّتَتْ إحداهما دونَ الأُخرى إلاّ إذا وُقِّتا ووَقْتُ صاحبِ اليَدِ أَسْبَقُ لأنّهما ادَّعَيا تَلَقّيَ المِلْكِ من البائعَيْنِ فقاما مَقامَ البائعَيْنِ فصارَ كأنّ البائعَيْنِ حَضرا وأقاما البَيِّنةَ ولو كان كذلك يُقْضَى للخارجِ كذا هذا، بخلافِ ما إذا كان البائعُ واحدًا لأنّهما اتَّفَقا على أنّ المِلْكَ لهما بالشِّراءِ من جِهَتِه ولأحدِهما يَدٌ فيُجْعَلُ كأنّ شِراءَ صاحبِ اليَدِ أَسْبَقُ.

وإنْ كان السَّبَبُ هو النِّتاجَ بأنِ ادَّعَى كُلُّ واحدٍ من الخارجَيْنِ أنّها دابَّتُه نَتَجَتْ عندَه فإنْ أقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البَيِّنةَ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ يُقْضَى بينهما نصفَيْنِ لاستِواءِ الحُجَّتَيْنِ وتَعَذُّرِ العملِ بهما بإظهارِ المِلْكِ في كُلِّ المَحَلِّ فلْيُعْمَلْ [1] بهما بالقدرِ المُمْكِنِ.

وإنْ أقاما البَيِّنةَ على مِلْكٍ موَقَّتٍ:

فإنِ اتَّفَقَ الوقْتانِ فكذلك، وإنِ اختَلَفا يُحَكَّمُ سِنُّ الدّابّةِ إنْ عُلِمَ وإنْ أُشْكِلَ فعندَ أبي حنيفةَ يُقْضَى لأسْبَقِهما وقتًا وعندَهما يُقْضَى بينهما.

وجه قولِهما: أنّ السِّنّ (إذا أُشْكِلَ) [2] يحتملُ أنْ يكونَ موافِقًا لِوَقْتِ هذا ويحتملُ أنْ يكونَ موافِقًا لِوَقْتِ ذاكَ فسَقَطَ اعتِبارُ الوقْتِ وصارَ كأنّهما سَكَتا عن الوقْتِ أصلاً.

وجه قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله: أنّ وُقوعَ الإشْكالِ في السِّنِّ يوجِبُ سُقوطَ اعتِبارِ حُكْمِ السِّنِّ [3] فبَطَلَ تَحْكيمُه فبَقيَ الحُكْمُ للوَقْتِ فالأسْبَقُ أولى وهذا يُشْكِلُ بالخارجِ مع ذي اليَدِ وإنْ خالَفَ الوقْتَيْنِ جميعًا فهو على ما ذَكَرنا في الخارجِ مع ذي اليَدِ، وإنْ أقامَ أحدُهما البَيِّنةَ على النِّتاجِ والآخَرُ على مِلْكٍ مُطْلَقٍ فبَيِّنةُ النِّتاجِ أولى لِما مَرَّ.

هذا إذا ادَّعَى الخارجانِ المِلْكَ من واحدٍ أو اثنيْنِ بسببَيْنِ مُتَّفِقَيْنِ من الميراثِ والشِّراءِ والنِّتاجِ فإنْ كان بسببَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ فنَقولُ: لا يخلو إمّا أنْ كان من اثنيْنِ وإمّا أنْ كان من واحدٍ فإنْ كان من اثنيْنِ يعملُ بكُلِّ واحدٍ من السَّبَبَيْنِ [4] بأنِ ادَّعَى أحدُهما أنّه اشترى هذه الدّابّةَ [5] من فُلانٍ وادَّعَى الآخَرُ أنّ فُلانًا آخَرَ وهَبَها له وقَبَضَها منه قُضيَ بينهما نصفَيْنِ لأنّهما ادَّعَيا تَلَقّيَ المِلْكِ من البائعِ والواهبِ فقاما مَقامَهما كأنّهما حَضرا وادَّعَيا وأقاما

---

(١) في المخطوط: «فيعمل».
(٢) في المخطوط: «المشكل».
(٣) في المخطوط: «السن».
(٤) في المخطوط: «البينتين».
(٥) في المخطوط: «الدار».

البَيِّنةَ على مِلْكٍ مُرْسَلٍ.

وكذا لو ادَّعَى ثالِثٌ ميراثًا عن أبيه فإنّه يُقَسَّمُ بينهم أثلاثًا ولو ادَّعَى رابعٌ وصَدَّقَه يُقَسَّمُ بينهم أرباعًا لِما قُلْنا.

وإنْ كان ذلك من واحدٍ يُنْظَرُ إلى [٤/ ٧١ب] السَّبَبَيْنِ فإنْ كان أحدُهما أقوَى يُعْمَلُ به؛ [لأنّ العملَ بالرّاجحِ واجبٌ] [(١)] وإنِ استَوَيا في القوّةِ يُعْمَلُ بهما بقدرِ الإمكان على ما هو سَبيلُ دَلائلِ الشّرعِ.

بيانُ ذلك: إذا أقامَ أحدُهما البَيِّنةَ [على] [(٢)] أنّه اشترى هذِه الدّارَ من فُلانٍ ونَقَدَه الثّمَنَ وقَبَضَ الدّارَ وأقامَ الآخَرُ البَيِّنةَ أنّ فُلانًا ذاكَ وهَبَها له وقَبَضَها يُقْضَى لِصاحبِ الشّراءِ لأنّه [(٣)] يُفيدُ الحُكْمَ بنفسِه والهبةُ لا تُفيدُ الحُكْمَ إلاّ بالقبضِ فكان الشّراءُ أولى [(٤)] (وكذلك) الشّراءُ مع الصّدَقةِ والقبضِ لِما قُلْنا وكذلك الشّراءُ مع الرَّهْنِ والقبضِ؛ لأنّ الشّراءَ يُفيدُ مِلْكَ الرَّقَبةِ والرَّهْنُ يُفيدُ مِلْكَ اليَدِ ومِلْكُ الرَّقَبةِ أقوَى ولو (اجتَمعتِ البَيِّنتانِ) [(٥)] مع القبضِ يُقْضَى بينهما نصفَيْنِ لاستِواءِ السَّبَبَيْنِ (وقيلَ) هذا فيما لا يحتملُ القسمةَ كالدّابّةِ والعبدِ ونحوِهما.

(فأمّا فيما) يحتملُ القسمةَ كالدّارِ ونحوِها فلا يُقْضَى لهما بشيءٍ على أصل أبي حنيفةَ رحمه الله في الهبةِ من رجلينِ لِحُصولِ معنى الشُّيوعِ.

(وقيلَ) لا فرْقَ بين ما يحتملُ القسمةَ وبين ما لا يحتملُها هنا؛ لأنّ هذا في معنى الشُّيوعِ الطّارِئِ لِقيامِ البَيِّنةِ على الكُلِّ وأنّه لا يَمْنَعُ الجوازَ.

(وكذلك) لو اجتَمعتِ الصّدَقةُ [(٦)] مع القبضِ أو الهبةُ والصّدَقةُ مع القبضِ يُقْضَى بينهما نصفَيْنِ لاستِواءِ السَّبَبَيْنِ [(٧)] لَكِنّ هذا إذا لم يَكُنِ المُدَّعَى في يَدِ أحدِهما فإنْ كان يُقْضَى لِصاحبِ اليَدِ بالإجماعِ لِما مَرَّ، ولو اجتَمع الرَّهْنُ والهبةُ أو الرَّهْنُ والصّدَقةُ فالقياسُ أنْ تكونَ الهبةُ أولى وكذا الصّدَقةُ؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما يُفيدُ مِلْكَ الرَّقَبةِ والرَّهْنُ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «لأن الشراء».
(٤) في المخطوط: «أقوى».
(٥) في المخطوط: «اجتمع السببان».
(٦) في المخطوط: «الصدقتان».
(٧) في المخطوط: «البينتين».

يُفيدُ مِلْكَ اليَدِ والحبْسَ ومِلْكُ الرَّقَبةِ أقوَى، وفي الاستحسانِ الرَّهْنُ أولى؛ لأنّ المَرْهونَ عندَنا مضمونٌ بقدرِ الدَّيْنِ فأمّا الموهوبُ فليس بمضمونٍ أصلاً فكان الرَّهْنُ أقوَى (ولو اجتَمع) النّكاحانِ بأنِ ادَّعَتِ امرأتانِ [وأقامَتْ] (١) كُلُّ واحدةٍ منهما البيِّنَةَ على أنّه تزوّجَها عليه (٢) يُقْضَى بينهما نصفَيْنِ لاستِواءِ السَّبَبَيْنِ.

(ولو اجتَمع) النّكاحُ مع الهبةِ أو الصّدَقةِ أو الرَّهْنِ فالنّكاحُ أولى؛ لأنّه عقدٌ يُفيدُ الحُكْمَ بنفسِه فكان أقوَى، ولو اجتَمع الشِّراءُ والنّكاحُ فهو بينهما نصفانِ عند أبي يوسفَ وللمَرْأةِ نصفُ [نصفِ] (٣) القيمةِ على الزَّوْجِ وعند محمّدٍ الشِّراءُ أولى وللمَرْأةِ القيمةُ على الزَّوْجِ.

(وجه) قولِ محمّدٍ أنّ الشِّراءَ أقوَى من النِّكاح بدَليلِ أنّه لا يَصِحُّ البيعُ بدونِ تسميةِ الثَّمَنِ ويَصِحُّ النّكاحُ بدونِ تسميةِ المَهْرِ وكذا لا تَصِحُّ التّسْميةُ بدونِ المِلْكِ في [باب] (٤) البيعِ وتَصِحُّ في بابِ النّكاح كما لو تزوّجَ على جاريةِ غيرِه دَلَّ أنّ الشِّراءَ أقوَى من النّكاح.

-(وجه) قولِ أبي يوسفَ: أنّ النّكاحَ مثلُ الشِّراءِ فإنّ كُلَّ واحدٍ منهما مُعاوَضةٌ يُفيدُ الحُكْمَ بنفسِه هذا إذا ادَّعَى كُلُّ واحدٍ منهما قدرَ ما يَدَّعي الآخَرُ فأمّا إذا ادَّعَى أحدُهما أكثرَ مِمّا يَدَّعي الآخَرُ بأنِ ادَّعَى أحدُهما كُلَّ الدّارِ والآخَرُ نصفَها وأقاما البيِّنَةَ على ذلك فإنّه يُقْضَى لِمُدَّعي الكُلِّ بثلاثةِ أرباعِ الدّارِ ولِمُدَّعي النِّصْفِ برُبْعِها عند أبي حنيفةَ وعندَهما يُقْضَى لِمُدَّعي الكُلِّ بثُلُثَيِ الدّارِ ولِمُدَّعي النِّصْفِ بثُلُثِها.

وإنّما اختَلَفَ جوابُهم لاختِلافِهم (٥) في طريقِ القسمةِ (فتُقْسَمُ عندَه) (٦) بطريقِ المُنازَعةِ وهما قَسّما بطريقِ العَدْلِ (٧) والمُضارَبةِ.

(وتفسيرُ) القسمةِ بطريقِ المُنازَعةِ أنْ يَنْظُرَ إلى القدرِ الذي وقَعَ التّنازُعُ فيه فيُجْعَلُ الجُزْءُ الذي خَلا عن المُنازَعةِ سالِمًا لِمُدَّعيه.

(وتفسيرُ) القسمةِ على طريقِ العَدْلِ (٨) والمُضارَبةِ أنْ تُجْمع السِّهامُ كُلُّها في العَيْنِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زاد في المخطوط: «وأقامتا البينة».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «لاختلاف».
(٦) في المخطوط: «فقسم أبو حنيفة».
(٧) في المخطوط: «العول».
(٨) في المخطوط: «العول».

فتُقَسَّمُ بين الكُلِّ بالحِصَصِ فيَضْرِبُ كُلٌّ بسَهْمِه كما في الميراثِ [١] والدُّيونِ [المُشتركةِ] [٢] المُتَزاحمةِ والوصايا، فلَمّا كانت القسمةُ عند أبي حنيفةَ على طريقِ المُنازَعةِ تَجِبُ مُراعاةُ مَحَلِّ النِّزاع فهنا يَدَّعي أحدُهما كُلَّ الدّارِ والآخَرُ لا يُنازِعُه إلاّ في النِّصْفِ فبَقِيَ النِّصْفُ الآخَرُ خاليًا عن المُنازَعةِ فيُسَلَّمُ لِمُدَّعي الكُلِّ لأنّه يَدَّعي شيئًا [٣] لا يُنازِعُه فيه غيرُه ومَنِ ادَّعى شيئًا لا يُنازِعُه فيه غيرُه يُسَلَّمُ له والنِّصْفُ الآخَرُ استوَتْ فيه مُنازَعَتُهما فيَقْضي [٤] بينهما نصفَيْنِ فكانت القسمةُ أرباعًا ثلاثةُ أرباعِ الدّارِ لِمُدَّعي الكُلِّ ورُبْعُها لِمُدَّعي النِّصْفِ ولَمّا كانت القسمةُ عندَهما على طريقِ المُضاربَةِ يُقْسَمُ الثّمَنُ [٥] على مَبْلَغِ السِّهامِ فيَضْرِبُ كُلُّ واحدٍ بسَهْمِه فهنا أحدُهما يَدَّعي كُلَّ الدّارِ والآخَرُ يَدَّعي نصفَها فيُجْعَلُ أخَسُّهما سَهْمًا فجُعِلَ نصفُ الدّارِ بينهما.

وإذا جُعِلَ نصفُ الدّارِ بينهما صارَ الكُلُّ سَهْمَيْنِ فمُدَّعي الكُلِّ يَدَّعي سَهْمَيْنِ ومُدَّعي النِّصْفِ يَدَّعي سَهْمًا واحدًا فيُعْطَى هذا (سَهْمًا وذاكَ سَهْمَيْنِ) [٦] فكانت الدّارُ بينهما أثلاثًا ثُلُثاها لِمُدَّعي الكُلِّ وثُلُثُها لِمُدَّعي النِّصْفِ والصّحيحُ قسمةُ أبي حنيفةَ عليه الرَّحْمةُ؛ لأنّ الحاجةَ إلى القسمةِ لِضرورةِ الدَّعْوَى والمُنازَعةِ ووُقوعِ التّعارُضِ في الحُجّةِ ولا مُنازَعةَ [٧] لِمُدَّعي الكُلِّ إلاّ في النِّصْفِ فلا يَتَحَقَّقُ التّعارُضُ إلاّ فيه فيُسَلَّمُ له ما وراءَه لِقيامِ الحُجّةِ عليه وخُلوّها عن المُعارِضِ فكان ما قاله أبو حنيفةَ عملاً بالدَّليلِ بالقدرِ المُمْكِنِ وأنّه واجبٌ.

هذا إذا كانت الدّارُ في يَدِ ثالِثٍ فإنْ كانت في أيديهما فبَيِّنةُ مُدَّعي الكُلِّ أولى لأنّه خارِجٌ لأنّه يَدَّعي على صاحبه النِّصْفَ الذي في يَدِه ومُدَّعي النِّصْفِ لا يَدَّعي شيئًا هو في يَدِ صاحبه لأنّه لا يَدَّعي إلاّ النِّصْفَ والنِّصْفُ في يَدِه فكان مُدَّعي الكُلِّ خارِجًا ومُدَّعي النِّصْفِ صاحبَ يَدٍ فكانت بَيِّنةُ الخارِجِ أولى فيُقْضَى له بالنِّصْفِ الذي في يَدِ صاحبه ويُتْرَكُ النِّصْفُ الذي في يَدِه على حالِه هذا إذا ادَّعى الخارِجانِ شيئًا في يَدِ ثالِثٍ فأنْكَرَ الذي في (يَده فأقامَ) [٨] البَيِّنةَ فإنْ لم يُقِمْ لهما بَيِّنةً وطَلَبا بيمينِ المُنْكِرِ يَحْلِفُ لِكُلِّ واحدٍ منهما فإنْ

---

(١) في المخطوط: «المواريث».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «سببًا».
(٤) في المخطوط: «فيه فيقسم».
(٥) في المخطوط: «العين».
(٦) في المخطوط: «سهمين وهذا سهمًا واحدًا».
(٧) في المخطوط: «منازع».
(٨) في المخطوط: «يديه فأقاما».

نَكَل لهما جميعًا يُقْضَى لهما بالنُّكولِ؛ لأنّ النُّكولَ حُجّةٌ عندَنا.

فإنْ حَلَفَ لأحدِهما ونَكَل للآخَرِ يُقْضَى لِلَّذي نَكَل لِوُجودِ الحُجّة في حَقِّه وإنْ حَلَفَ لِكُلِّ واحدٍ منهما يُتْرَكُ المُدَّعَى في يَدِه قَضاءَ تَرْكٍ لا قَضاءَ استحقاقٍ حتى لو قامَتْ لهما بَيِّنةٌ [١] بعدَ ذلك تُقْبَلُ بَيِّنَتُهما ويُقْضَى لهما بخلافِ ما إذا أقاما البَيِّنةَ وقُضيَ بينهما نصفَيْنِ ثم أقامَ صاحبُ اليَدِ البَيِّنةَ على أنه مِلْكُه أنّه لا تُقْبَلُ بَيِّنَته.

وكذا إذا أقامَ أحدُ المُدَّعيَيْنِ البَيِّنةَ على النِّصْفِ الذي استَحَقَّه صاحبُه بعدَما قُضيَ بينهما نصفَيْنِ لا تُسْمَعُ بَيِّنَته.

-(ووجه) **الفرقِ**: أنّ بالتّرْكِ في يَدِ المُدَّعَى عليه لم يَكُنْ كُلُّ واحدٍ من المُدَّعيَيْنِ مقضيًّا عليه حَقيقةً فتُسْمَعُ منهما البَيِّنةُ.

(فأمّا) صاحبُ اليَدِ فقد صارَ مقضيًّا عليه حَقيقةً وكذا كُلُّ واحدٍ من المُدَّعيَيْنِ بعدَما قُضيَ بينهما نصفَيْنِ صارَ مقضيًّا عليه في النِّصْفِ والبَيِّنةُ من المقضيِّ عليه غيرُ مسموعةٍ إلاّ إذا ادَّعَى التّلَقّيَ من جِهةِ المُسْتَحِقّ أو ادَّعَى النِّتاجَ.

وكذا لو ادَّعَى بائعُ المقضيِّ عليه أو بائعُ بائعِه هَكذا وأقامَ البَيِّنةَ لا تُسْمَعُ دَعْواه ولا تُقْبَلُ بَيِّنَته؛ لأنّ القَضاءَ عليه قَضاءٌ على الباعةِ كُلِّهم في حَقِّ بُطْلانِ الدَّعْوَى إنْ لم يَكُنْ قَضاءً عليهم في حَقِّ وِلايةِ الرُّجوعِ بالثّمَنِ إلاّ إذا قَضَى القاضي لِهذا المُشْتري بالرُّجوعِ على بائعِه بالثّمَنِ فيرجعُ هذا البائعُ على بائعِه أيضًا هَكذا فرَّقَ بين هذا وبين الحُرّيّةِ الأصليّةِ أنّ القَضاءَ بالحُرّيّةِ قَضاءٌ على النّاس كُلِّهم [٢] في حَقِّ بُطْلانِ الدَّعْوَى وثُبوتِ وِلايةِ الرُّجوعِ بالثّمَنِ على الباعةِ.

(ووجه) الفرْقِ بين المِلْكِ والعِتْقِ على نحوِ ما ذَكَرنا من قبلِ هذا إذا أنْكَرَ الذي في يَدِه فإنْ أقَرَّ به لأحدِهما (فنقولُ) هذا لا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ: إمّا أنْ كان قبلَ إقامةِ البَيِّنةِ وإمّا أنْ كان بعدَ إقامةِ البَيِّنةِ فإنْ أقَرَّ قبلَ إقامةِ البَيِّنةِ جازَ إقرارُه ودَفَعَ إلى المُقِرِّ له؛ لأنّ المُدَّعيَ في يَدِه [٣] ومِلْكِه من حيث الظّاهر فيَمْلِكُ التّصرُّفَ فيه بالإقرارِ وغيرِه.

وإنْ أقَرَّ بعدَ إقامةِ البَيِّنةِ قبلَ التّزْكيةِ لم يجُزْ إقرارُه لأنّه تَضَمن إبطالَ حَقِّ الغيرِ وهو

---

(١) في المخطوط: «البينة». (٢) في المخطوط: «كافة».
(٣) في المخطوط: «ملكه».

البَيِّنةُ فكان إقرارًا على غيرِه فلا يَصِحُّ في حَقِّ ذلك الغيرِ ولَكِنْ يُؤمَرُ بالدَّفْعِ إلى المَقَرِّ له؛ لأنّ إقرارَه في حَقِّ نفسِه صَحيحٌ.

وكذا البَيِّنةُ قد لا تَتَّصِلُ بها التَزْكيةُ فيُؤمَرُ بالدَّفْعِ إلى المَقَرِّ له في الحالِ فإذا زُكّيَتِ البَيِّنَتانِ يُقْضَى بينهما نصفَيْنِ لأنّه تَبيَّنَ أنّ المُدَّعَى كان بينهما نصفَيْنِ فظَهَرَ أنّ إقرارَه كان إبطالاً لِحَقِّ الغيرِ فلم يَصِحَّ فالتَحَقَ بالعَدَمِ.

وإنْ أقَرَّ بعدَ إقامةِ البَيِّنةِ وبعدَ التَزْكيةِ يُقْضَى بينهما لِما قُلْنا إنّ إقرارَه لم يَصِحَّ فكان مُلْحَقًا بالعَدَمِ هذا كُلُّه إذا كانت الدَّعْوَى من الخارجِ على ذي اليَدِ أو من الخارِجَيْنِ على ذي اليَدِ فأمّا إذا كانت من صاحبَيِ اليَدِ أحدُهما على الآخَرِ بأنْ كان المُدَّعَى في أيديهما فإنْ أقامَ أحدُهما البَيِّنةَ أنّه يُقْضَى له بالنِّصْفِ الذي في يَدِ صاحبه والنِّصْفُ الذي كان في يَدِه تُرِكَ في يَدِه وهو معنى قَضاءِ التَرْكِ.

ولو أقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البَيِّنةَ أنّه له يُقْضَى لِكُلِّ واحدٍ منهما بالنِّصْفِ الذي في يَدِ صاحبه؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما في ذلك النِّصْفِ خارجٌ ولو لم تَقُمْ لأحدِهما بَيِّنةٌ يُتْرَكُ في أيديهما قَضاءَ تَرْكٍ حتى لو قامَتْ لأحدِهما بعدَ ذلك بَيِّنةٌ تُقْبَلُ لأنّه لم يَصِرْ مقضيًّا عليه حَقيقةً.

هذا إذا لم توَقَّتِ البَيِّنَتانِ فإنْ وُقِّتا فإنِ اتَّفَقَ الوقْتانِ فكذلك وإنِ اختَلَفا فالأسْبَقُ أولى عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رحمهما الله.

(وأمّا) عند محمّدٍ فلا عِبْرةَ للوَقْتِ في بَيِّنةِ صاحبِ اليَدِ فيكونُ بينهما نصفَيْنِ وإنْ وَقَّتَ إحداهما دون الأُخرى يكونُ بينهما عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ والوقْتُ ساقِطٌ وعند أبي يوسفَ هو لِصاحبِ الوقْتِ وقد مَرَّتِ الحُجَجُ قبلَ هذا واللَّه تعالى أعلمُ.

(وأمّا) حُكْمُ تَعارُضِ البَيِّنَتَيْنِ القائمَتَيْنِ على قدرِ المِلْكِ فالأصلُ فيه أنّ البَيِّنةَ المُظْهِرةَ لِلزّيادةِ أولى كما إذا اختَلَفَ المُتَبايِعانِ في قدرِ الثّمَنِ فقال البائعُ بعْتُك هذا العبدَ بألفَيْ درهَمٍ.

وقال المُشتري اشتريْته منك بألفِ درهَمٍ وأقاما البَيِّنةَ فإنّه يُقْضَى ببَيِّنةِ البائعِ لأنّها تُظْهِرُ زيادةَ ألفٍ وكذا لو اختَلَفا في قدرِ المَبيعِ فقال البائعُ بعْتُك هذا العبدَ بألفٍ وقال المُشتري اشتريْت منك هذا العبدَ وهذِه الجاريةَ بألفٍ وأقاما البَيِّنةَ يُقْضَى ببَيِّنةِ المُشتري لأنّها تُظْهِرُ زيادةً.

وكذا لو اختَلَفَ الزَّوْجانِ في قدرِ المَهْرِ فقال الزَّوْجُ تزوّجْتُكِ على ألفٍ وقالتِ المَرْأةُ تزوجتني على ألفَيْنِ وأقاما البَيِّنةَ يُقْضَى ببيِّنةِ المَرْأةِ لأنّها تُظْهِرُ فضْلاً ثم إنّما كانت بَيِّنةُ الزّيادةِ أولى لأنّه لا مُعارِضَ لها في قدرِ الزّيادةِ فيجبُ العملُ بها في ذلك القدرِ لِخُلوِّها عن المُعارِضِ ولا يُمْكِنُ إلاّ بالعملِ في الباقي فيجبُ العملُ بها في الباقي ضرورةَ وُجوبِ العملِ بها في الزّيادةِ ولا يَلْزَمُ على هذا الأصلِ ما إذا اختَلَفَ الشَّفيعُ والمُشتري في قدرِ ثَمَنِ الدّارِ المشفوعةِ فقال الشَّفيعُ اشتريْتها بألفٍ وقال المُشتري بألفَيْنِ وأقاما البَيِّنةَ أنّه يُقْضَى ببيِّنةِ الشَّفيعِ عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ رحمهما الله وإنْ كانت بَيِّنةُ المُشتري تُظْهِرُ الزّيادةَ؛ لأنّ البَيِّنةَ إنّما تُقْبَلُ من المُدَّعي لأنها جُعِلَتْ حُجّةَ المُدَّعي في الأصلِ والمُدَّعي هناك هو الشَّفيعُ لِوُجودِ حَدِّ المُدَّعى فيه وهو أنْ يكونَ مُخَيَّرًا في الخُصومةِ بحيث لو تَرَكَها يُتْرَكُ ولا يُجْبَرُ عليها فأمّا المُشتري فمجبورٌ على الخُصومةِ.

ألا تَرَى لو تَرَكَها لا يُتْرَكُ بل يُجْبَرُ عليها فكان هو مُدَّعًى عليه والبَيِّنةُ حُجّةُ المُدَّعي لا حُجّةُ المُدَّعَى عليه في الأصلِ لِذلك قُضيَ ببيِّنةِ الشَّفيعِ لا ببيِّنةِ المُشتري بخلافِ ما إذا اختَلَفَ البائعُ والمُشتري في قدرِ الثّمَنِ؛ لأنّ هناك البائعَ هو المُدَّعي لأنه المُخَيَّر في الخُصومةِ إنْ شاء خاصَمَ وإنْ شاء لا وفيما إذا اختَلَفا في قدرِ المَبيعِ المُدَّعي هو المُشتري.

ألا تَرَى لو تَرَكَ الخُصومةَ يُتْرَكُ وكذا في بابِ النّكاحِ المُدَّعي في الحقيقةِ هو المَرْأةُ لِما قُلْنا فهو الفرْقُ ووجهٌ آخرُ من الفرْقِ ذَكَرْناه [(١)] في كِتابِ الشُّفْعةِ إن شاء الله تعالى.

وعلى هذا يخرجُ اختِلافُ المُتَبايِعينَ في أجَلِ الثّمَنِ في أصلِ الأجَلِ أو في قدرِه وأقاما البَيِّنةَ أنّ البَيِّنةَ بَيِّنةُ المُشتري لأنّها تُظْهِرُ الزّيادةَ وكذا لو اختَلَفا في مُضيِّه وأقاما البَيِّنةَ فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ المُشتري أنّه لم يَمْضِ لأنّها تُظْهِرُ زيادةً.

وعلى هذا يخرجُ اختِلافُهما في المُسَلَّم فيه في قدرِه أو جنسِه أو صِفَتِه مع اتّفاقِهما على رَأسِ المالِ وأقاما البَيِّنةَ بعدَ تفَرُّقِهما أنّ البَيِّنةَ بَيِّنةُ رَبِّ السَّلَمِ ويُقْضَى بسَلَمٍ واحدٍ بالإجماعِ لأنهما اتَّفَقا على أنّ المُسَلَّمَ إليه لم يَقْبِضْ إلاّ رَأسَ مالٍ واحد وإنِ اختَلَفا قبلَ التَّفرُّقِ فكذلك ويُقْضَى بسَلَمٍ واحدٍ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ وعند محمّدٍ تُقْبَلُ البَيِّنتانِ جميعًا

(١) في المخطوط: «نذكره».

ويُقْضَى بسَلَمَيْنِ.

-(وجه) قولِ محمدٍ: أنّ كُلَّ واحدة من البَيِّنَتَيْنِ قامَتْ على عقدٍ على حِدةٍ لاختِلافِ البَدَلينِ فيُعْمَلُ بهما [جميعًا] [١] ويُقْضَى بسَلَمَيْنِ إذْ لا تَنافيَ بينهما ولهما أنّهما اتَّفَقا على عقدٍ واحدٍ وإنّما [٢] اختَلَفا في قدرِ المَعْقودِ عليه قدرًا أو جنسًا أو صِفةً وبَيِّنةُ رَبِّ السَّلَمِ تُظْهِرُ زيادةً فكانت أقوَى.

ولو اختَلَفا في رَأسِ المالِ في قدرِه أو جنسِه أو صِفَتِه مع اتِّفاقِهما على المُسَلَّمِ فيه فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ المُسَلَّمِ إليه عندَهما وعندَه تُقْبَلُ البَيِّنَتانِ جميعًا ويُقْضَى بسَلَمَيْنِ.

والحُجَجُ على نحوِ ما ذَكَرنا هذا إذا تَصادَقا أنّ رَأسَ المالِ كان دَيْنًا فإنْ تَصادَقا أنّه عَيْنٌ واختَلَفا في المُسَلَّمِ فيه فإنْ كان رَأسُ المالِ عَيْنًا واحدةً يُقْضَى بسَلَمٍ واحدٍ كما إذا قال رَبُّ السَّلَمِ أسْلمت إليكَ هذا الثَّوْبَ في كرٍّ حِنْطةٍ وقال المُسَلَّمُ إليه في كَرِّ شَعيرٍ فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ رَبِّ السَّلَمِ؛ لأنّ رَأسَ المالِ إذا كان عَيْنًا واحدةً لا يُمْكِنُ أنْ يُجْعَلَ عقدَيْنِ فيُجْعَلُ عقدًا واحدًا وبَيِّنةُ رَبِّ السَّلَمِ تُظْهِرُ زيادةً [٤/ ٧٣أ] فكانت أولى بالقَبولِ وإذا كان عَيْنَيْنِ وصورته بأنْ قال رَبُّ السَّلَمِ: أسْلمت إليك هذا الفرَسَ في كرٍّ حِنطةٍ، وقال المُسَلَّمُ إليه: هذا الثَّوْبُ في كرِّ شَعيرٍ يُقْضَى بسَلَمَيْنِ بالإجماعِ لأنّه يُمْكِنُ أنْ يُجْعَلَ عقدَيْنِ فيُجْعَلُ سَلَمَيْنِ.

هذا كُلُّه إذا كانت الدَّعْوَى دَعْوَى المِلْكِ، فأمّا دَعْوَى اليَدِ بأنْ تَنازَعَ رجلانِ في شيءٍ يَدَّعيه كُلُّ واحدٍ منهما أنّه في يَدِه فعلى كُلِّ واحدٍ منهما البَيِّنةُ على اليَدِ لِقولِه ﷺ: «البَيِّنةُ على المُدَّعِي واليَمِينُ على المُدَّعَى عليه» [٣] ولأنّ المِلْكَ واليَدَ كُلُّ واحدٍ منهما مقصودٌ في نفسِه فتَقَعُ الحاجةُ إلى إثْباتِ كُلِّ واحدٍ منهما بالبَيِّنةِ فإنْ أقاما جميعًا البَيِّنةَ يُقْضَى بكَوْنِه في أيديهما لاستِوائهما في الحُجّة.

وإنْ أقامَ أحدُهما البَيِّنةَ صارَ صاحبَ يَدٍ وصارَ مُدَّعًى [٤] عليه وإنْ لم تَقُمْ لأحدِهما بَيِّنةٌ فعلى كُلِّ واحدٍ منهما اليَمينُ لِقولِه ﷺ: «واليَمِينُ على مَنْ أنكَرَ» وكُلُّ واحدٍ منهما يُنْكِرُ دَعْوَى صاحبِ اليَدِ فيَحْلِفُ [٥].

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «وأنهما».

(٣) سبق تخريجه.

(٤) في المخطوط: «مدعيًا».

(٥) في المخطوط: «فيستحلف».

هذا كُلُّه إذا قامَتِ البَيِّنتانِ على المِلْكِ أو على اليَدِ فأمّا إذا قامَتْ إحدى البَيِّنَتَيْنِ على المِلْكِ والأُخرى على اليَدِ فبَيِّنةُ المِلْكِ أولى نحوُ ما إذا أقامَ الخارِجُ البَيِّنةَ على أنّ الدّارَ له مُنْذُ سَنَتَيْنِ وأقامَ ذو اليَدِ البَيِّنةَ على أنّها في يَدِه مُنْذُ ثلاثِ سِنينَ يُقْضَى بها للخارِجِ؛ لأنّ البَيِّنةَ القائمةَ على المِلْكِ أقوَى؛ لأنّ اليَدَ قد تكونُ مُحِقّةً وقد تكونُ مُبْطِلةً كيَدِ الغَصْبِ (١) والسَّرِقةِ واليَدُ المُحِقّةُ (٢) قد تكونُ يَدَ مِلْكٍ وقد تكونُ يَدَ إعارةٍ وإجارةٍ فكانت مُحْتَمِلةً فلا تَصْلُحُ بَيِّنَتُها مُعارِضةً لِبَيِّنةِ المِلْكِ.

(وأمّا) دَعْوَى النَّسَبِ فالكَلامُ في النَّسَبِ في الأصلِ في ثلاثةِ مَواضِعَ:

في بيانِ ما يَثْبُتُ به النَّسَبُ.

وفي بيانِ ما يَظْهَرُ به [النَّسَبُ.

وفي بيانِ صِفةِ النَّسَبِ الثّابِتِ.

اما ما يَثْبُتُ به النَّسَبُ: فالكَلامُ فيه في موضِعَيْنِ:

احدُهما: في بيانِ] (٣) ما يَثْبُتُ به نَسَبُ الولَدِ من الرّجلِ.

والثّاني: في بيانِ ما يَثْبُتُ به نَسَبُه من المَرْأةِ.

اما الأوّل: فنَسَبُ الولَدِ من الرّجلِ لا يَثْبُتُ إلاّ بالفِراشِ وهو أنْ تَصيرَ المَرْأةُ فِراشًا له لِقولِه ﷺ: «**الولَدُ للفِراشِ وللعاهِرِ الحجرُ**» (٤) وقولِه عليه الصلاة والسلام «**الولَدُ للفِراشِ**» أي لِصاحبِ الفِراشِ إلاّ أنّه أضْمَرَ (المُضافَ فيه) (٥) اختِصارًا كما في قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ﴾ [يوسف:٨٢] ونحوِه (٦) والمُرادُ من الفِراشِ هو المَرْأةُ فإنّها تُسَمَّى فِراشَ الرّجلِ وإزارَه ولِحافَه، وفي التّفسيرِ في قولِه عَزَّ شأنُه: ﴿وَفُرُشٍ مَّرْفُوعَةٍ﴾ [الواقعة:٣٤] أنّها نِساءُ أهلِ الجنّةِ فسُمِّيَتِ المَرْأةُ فِراشًا لِما أنّها تُفْرَشُ (٧) وتُبْسَطُ بالوطْءِ عادةً (ودَلالةُ الحديثِ) (٨) من وُجوهٍ ثلاثةٍ:

(١) في المخطوط: «الغاصب».
(٢) زاد في المخطوط: «والمحقة».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) أخرجه البخاري، كتاب: الفرائض، باب: من ادعى أخًا أو ابن أخ، برقم (٦٧٦٥)، ومسلم، كتاب: الرضاع، باب: الولد للفراش وتوقي الشبهات، برقم (١٤٥٧) من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٥) في المخطوط: «فيه الصاحب».
(٦) في المخطوط: «ونحو ذلك».
(٧) في المخطوط: «تفترش».
(٨) في المخطوط: «والاستدلال بالحديث».

احدُها: أنّ النّبيَّ ﷺ أخرج الكَلامَ مَخْرَجَ القسمةِ [١] فجعل الولَدَ لِصاحبِ الفِراشِ والحجرَ لِلزّاني فاقْتَضَى أنْ لا يكونَ الولَدُ لِمَنْ لا فِراشَ له كما لا يكونُ الحجرُ لِمَنْ لا زِنا منه إذِ القسمةُ تَنْفي الشَّرِكةَ.

والثّاني: أنّه عليه الصلاة والسلام جعل الولَدَ لِصاحبِ الفِراشِ ونَفاه عن الزّاني بقولِه عليه الصلاة والسلام: «**وللعاهرِ الحجرُ**»؛ لأنّ مثلَ هذا الكَلامِ يُسْتَعْمَلُ في النّفْيِ.

والثّالِث: أنّه جعل كُلَّ جنسِ الولَدِ لِصاحبِ الفِراشِ فلو ثَبَتَ نَسَبُ ولَدٍ لِمَنْ ليس بصاحبِ الفِراشِ [٢] لم يَكُنْ كُلُّ جنسِ الولَدِ لِصاحبِ الفِراشِ وهذا خلافُ النّصِّ.

فعلى هذا إذا زَنَى رجلٌ بامرأةٍ فجاءَتْ بوَلَدٍ فادَّعاه الزّاني لم يَثْبُتْ نَسَبُه منه لانعِدام الفِراشِ وأمّا المَرْأةُ فيَثْبُتُ نَسَبُه منها؛ لأنّ الحُكْمَ في جانِبِها يَتْبَعُ الوِلادةَ على ما نَذْكُرُ إنْ شاء الله تعالى وقد وُجِدَتْ.

وكذلك لو ادَّعَى رجلٌ عبدًا صَبيًّا في يَدِ رجلٍ أنّه ابنُه من الزِّنا لم يَثْبُتْ [نسبه] [٣] منه كذَّبَه المولى فيه أو صَدَّقَه لِما قُلْنا.

ولو ملك الولَدُ بوجهٍ من الوُجوه عَتَقَ عليه لأنّه أقَرَّ أنّه مَخْلوقٌ من مائه وإنْ مَلك أُمَّه لم تَصِرْ أُمَّ ولَدٍ له؛ لأنّ أُموميّةَ الولَدِ تَتْبَعُ ثَباتَ النّسَبِ ولم يَثْبُتْ وكذلك لو كان هذا العبدُ لأبِ المُدَّعي أو عَمِّه لِما ذَكَرنا.

ولو كان لابنِ المُدّعي فقال: هو ابني من الزِّنا يَثْبُتُ نَسَبُه منه وهو مُخْطِئٌ في قولِه من الزِّنا؛ لأنّه يَصيرُ مُتَمَلِّكًا الجارية عندَنا قُبَيْلَ الاستيلادِ أو مُقارِنًا له ولا يَتَحَقَّقُ الوطْءُ زِنًا مع ثُبوتِ المِلْكِ ولو كان المُدَّعي غيرَ الأبِ فقال هو ابني منها ولم يَقُلْ من الزِّنا فإنْ صَدَّقَه المولى ثَبَتَ نَسَبُه منه ويكونُ عبدًا لِمولى الأُمِّ وإنْ كذَّبَه لا يَثْبُتُ النّسَبُ للحالِ وإذا مَلكه المُدَّعي يَثْبُتُ النّسَبُ ويُعْتَقُ عليه؛ لأنّ الإقرارَ بالبنوّةِ مُطْلَقًا عن الجِهةِ مَحْمولٌ على جِهةٍ مُصَحِّحةٍ لِلنّسَبِ وهي الفِراشُ إلاّ أنّه لم يَظْهَرْ نَفاذُه للحالِ لِقيامِ مِلْكِ المولى فإذا مَلكه زالَ المانِعُ، وكذلك لو قال: هو ابني من نِكاحٍ فاسدٍ أو شِراءٍ فاسدٍ وادَّعَى شُبْهةً بوجهٍ [٤/ ٧٣ب] من الوُجوه أو قال: أحَلَّها لي الله إنْ صَدَّقَه المولى يَثْبُتُ النّسَبُ وإنْ كذَّبَه لم

---

(١) في المخطوط: «القسم».
(٢) في المخطوط: «فراش».
(٣) زيادة من المخطوط.

يَثْبُتِ [النَّسَبُ] (١) ما دامَ عبدًا فإذا مَلكه يَثْبُتُ النَّسَبُ ويُعْتَقُ عليه؛ لأنّ العقدَ الفاسدَ مُلْحَقٌ بالصّحيحِ في ثَباتِ النّسَبِ وكذلك الشُّبْهةُ فيه مُلْحَقةٌ بالحقيقةِ فكان هذا إقرارًا بالنّسَبِ بجِهةٍ مُصَحِّحةٍ لِلنّسَبِ شرعًا إلاّ أنّه امتَنَعَ ظُهورُه للحالِ لِحَقِّ المولى فإذا زالَ ظَهَرَ وعَتَقَ لأنّه مِلْكُ ابنِه وإنْ مَلك أُمَّها (٢) كانت أُمَّ ولَدٍ له لأنّه وُجِدَ سببُ أُموميّةِ الولَدِ وهو ثُبوتُ النّسَبِ بناءً على وُجودِ سببِ الثُّبوتِ وهو الإقرارُ بالنّسَبِ بجِهةٍ مُصَحِّحةٍ له شرعًا إلاّ أنّها تَوَقَّفَتْ على شرطِها وهو المِلْكُ وقد وُجِدَ بخلافِ الفصلِ الأوّلِ؛ لأنّ هناك لم يوجَدْ سببُ أُموميّةِ الولَدِ أصلاً لانعِدامِ سببِ ثُبوتِ النّسَبِ وهو الإقرارُ بجِهةٍ مُصَحِّحةٍ له شرعًا.

وعلى هذا إذا تَصادَقَ الزَّوْجانِ على أنّ الولَدَ من الزِّنا من فُلانٍ لا يَثْبُتُ النّسَبُ منه ويَثْبُتُ من الزَّوْجِ؛ لأنّ الفِراشَ له.

وعلى هذا إذا ادَّعَى رجلٌ صَبيًّا في يَدِ امرأةٍ فقال هو ابني من الزِّنا وقالتِ المَرْأةُ هو من النِّكاح لا يَثْبُتُ نَسَبُه من الرّجلِ ولا من المَرْأةِ؛ لأنّ الرّجلَ أقَرَّ أنّه ابنُه من الزِّنا والزِّنا لا يوجِبُ النّسَبَ والمَرْأةُ تَدَّعي النِّكاحَ والنِّكاحُ لا بُدَّ له من حُجّةٍ.

وكذلك لو كان الأمرُ على العَكْس بأنِ ادَّعَى الرّجلُ أنّه ابنُه من النِّكاح وادَّعَتِ المَرْأةُ أنّه من الزِّنا لِما قُلْنا.

ولو قال الرّجلُ بعدَ ذلك في الفصلِ الأوّلِ هو من النِّكاح أو قالتِ المَرْأةُ بعدَ ذلك في الفصلِ الثّاني هو من النِّكاح يَثْبُتُ النّسَبُ وإنْ كان ذلك منهما تَناقُضًا؛ لأنّ التّناقُضَ ساقِطُ الاعتِبارِ شرعًا في بابِ النّسَبِ كما هو ساقِطُ الاعتِبارِ شرعًا في بابِ العِتْقِ لِما ذَكَرنا واللّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

وَأمّا الثّاني فنَسَبُ الولَدِ من المَرْأةِ يَثْبُتُ بالوِلادةِ سَواءٌ كان بالنِّكاح أو بالسِّفاح؛ لأنّ اعتِبارَ الفِراشِ إنّما عَرَفْناه بالحديثِ (٣) وهو قولُه ﷺ: «الولَدُ للفِراشِ» أي لِمالِكِ الفِراشِ ولا فِراشَ للمَرْأةِ لأنّها مملوكةٌ وليستْ بمالِكةٍ فبَقيَ الحُكْمُ في جانِبِها مُتَعَلِّقًا بالوِلادةِ.

وإذا عَرَفْت أنّ نَسَبَ الولَدِ من الرّجلِ لا يَثْبُتُ إلاّ إذا صارَتِ المَرْأةُ فِراشًا له فلا بُدَّ من

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «أمة».
(٣) في المخطوط: «بالشرع».

معرفةِ ما تَصيرُ به المَرْأةُ فِراشًا وكيفيّةِ عملِه في ذلك فنَقولُ وباللّه التّوْفيقُ:

المَرْأةُ تَصيرُ فِراشًا بأحدِ أمرَيْنِ:

احدُهما: عقدُ النّكاح.

والثاني: مِلْكُ اليَمينِ.

إلاّ أنّ عقدَ النّكاح يوجِبُ الفِراشَ بنفسِه لِكَوْنِه عقدًا موضوعًا لِحُصولِ الولَدِ شرعًا وعرفًا قال النّبيُّ ﷺ: «تَناكَحوا تَوالَدوا تَكثُروا فإنّي أُباهي بكُم الأُمَمَ يومَ القِيامةِ ولو بالسَّقْطِ» [١] وكذا النّاسُ يُقْدِمونَ على النّكاح لِغَرَضِ التّوالُدِ عادةً فكان النّكاحُ سببًا مُفْضيًا إلى حُصولِ الولَدِ فكان سببًا لِثَباتِ النّسَبِ بنفسِه ويَسْتَوي فيه النّكاحُ الصّحيحُ والفاسدُ إذا اتَّصَلَ به الوطْءُ؛ لأنّ النّكاحَ الفاسدَ يَنْعَقِدُ في حَقّ الحُكْمِ عند بعضِ مَشايِخِنا لِوُجودِ رُكْنِ العقدِ من أهلِه في مَحَلِّه، (والفاسدُ ما فاتَه) [٢] شرطٌ من شَرائطِ الصِّحّةِ وهذا لا يَمْنَعُ انعِقادَه في حَقّ الحُكْمِ كالبيعِ الفاسدِ إلاّ أنّه يَمْنَعُ من الوطْءِ لِغيرِه وهذا لا يَمْنَعُ ثَباتَ النّسَبِ كالوطْءِ في حالةِ الحيضِ والنِّفاس وسَواءٌ كانت المَنْكوحةُ حُرّةً أو أَمَةً؛ لأنّ المقصودَ من فِراشِ الزَّوْجيّةِ لا يختَلِفُ.

وأمّا مِلْكُ اليَمينِ ففي أُمِّ الولَدِ يوجِبُ الفِراشَ بنفسِه أيضًا لأنّه مِلْكٌ يُقْصَدُ به حُصولُ الولَدِ عادةً كمِلْكِ النّكاح فكان مُفْضيًا إلى حُصولِ الولَدِ كمِلْكِ النّكاح إلاّ أنّه أضْعَفُ منه؛ لأنّه لا يُقْصَدُ به ذلك مثلَ ما يُقْصَدُ بمِلْكِ النّكاح وكذا يُحتملُ النّقْلُ إلى غيرِه بالتّزْويجِ ويَنْتَفي بمُجَرَّدِ النّفْيِ من غيرِ لِعانٍ بخلافِ مِلْكِ النّكاح.

وأمّا في الأمةِ فلا يوجِبُ الفِراشَ بنفسِه بالإجماعِ حتى لا تَصيرَ الأمةُ فِراشًا بنفسِ المِلْكِ [٣] بلا خلافٍ.

وهَلْ تَصيرُ فِراشًا بالوطْءِ؟

اختُلِفَ فيه قال أصحابنا رضي الله تعالى عنهم لا تَصيرُ فِراشًا إلاّ بقَرينةِ الدَّعْوةِ [٤]

---

(١) أورده الديلمي في الفردوس (٢/ ٢٤١)، برقم (٣١٣٨) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

(٢) في المخطوط: «وإنما فات».

(٣) في المخطوط: «النكاح».

(٤) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١٧/ ١٣٠).

وقال الشّافعيُّ عليه الرَّحْمةُ: تَصيرُ فِراشًا بنفسِ الوطْءِ من غيرِ دَعْوةٍ.

وعِبارةُ مَشايِخِنا رحمهم الله في هذا البابِ أنّ الفِراشَ ثلاثةٌ: فِراشٌ قَويٌّ وفِراشٌ ضَعيفٌ وفِراشٌ وسَطٌ.

فالقَويُّ فِراشُ المَنْكوحةِ حتى يَثْبُتَ النّسَبُ من غيرِ دَعْوةٍ ولا يَنْتَفي إلاّ باللِّعانِ.

والوسَطُ فِراشُ أُمِّ الولَدِ حتى يَثْبُتَ النّسَبُ من غيرِ دَعْوةٍ ويَنْتَفي بمُجَرَّدِ النّفْيِ من غيرِ لِعانٍ.

والضَّعيفُ فِراشُ الأمةِ حتى لا يَثْبُتَ النّسَبُ فيه إلاّ بالدَّعْوةِ عندَنا [٤/ ٧٤أ] خلافًا لِلشّافعيِّ.

(وجه) قولِه [(١)] أنّ ثَباتَ النّسَبِ منه لِحُصولِ الولَدِ من مائه وهذا يَحْصُلُ بالوطْءِ من غيرِ دَعْوةٍ؛ لأنّ الوطْءَ سببٌ لِحُصولِ الولَدِ قُصِدَ منه ذلك أو لا.

(ولَنا) أنّ وطْءَ الأمةِ لا يُقْصَدُ به حُصولُ الولَدِ عادةً لأنّها لا تُشترَى للوَطْءِ عادةً بل لِلاستِخْدام والاستِرْباح ولو وطِئَتْ فلا يُقْصَدُ به [(٢)] حُصولُ الولَدِ عادةً؛ لأنّ الولَدَ لا يَحْصُلُ إلاّ بتَرْكِ العَزْلِ والظّاهرُ في الإماءِ هو العَزْلُ والعَزْلُ (بدونِ رِضاهُنّ) [(٣)] مشروعٌ فلا يكونُ وطْؤُها سببًا لِحُصولِ الولَدِ إلاّ بقَرينةِ الدَّعْوةِ ولأنّه لَمّا ادَّعى عِلْمًا [(٤)] بقَرينةِ الدَّعْوةِ أنّه وطِئَها ولم يَعْزِلْ عنها والوطْءُ من غيرِ عَزْلٍ سببٌ لِحُصولِ الولَدِ فيَثْبُتُ النّسَبُ حتى لو كان المولى وطِئَها وحَصَّنَها ولم يَعْزِلْ عنها لا يَحِلُّ له النّفْيُ فيما بينه وبين الله تعالى عَزَّ شَأنُه بل تَلْزَمُه الدَّعْوَى والإقرارُ به لأنّه إذا كان كذلك فالظّاهرُ أنّه ولَدُه فلا يَحِلُّ له نَفْيُه فيما بينه وبين الله تعالى بلا خلافٍ بين أصحابِنا رضي الله تعالى عنهم.

واختَلَفوا فيما إذا وطِئَها وحَصَّنَها ولَكِنْ عَزَل عنها أو لم يَعْزِلْ عنها ولَكِنّه لم يُحَصِّنْها قال أبو حنيفةَ رضي الله عنه يَحِلُّ له النّفْيُ وقال أبو يوسفَ رحمه الله أَحَبُّ إلَيَّ أنْ يَدْعوَ إذا كان وطِئَها ولم يَعْزِلْ عنها وإنْ لم يُحَصِّنْها.

وقال محمّدٌ عليه الرَّحْمةُ أَحَبُّ إلَيَّ أنْ يُعْتَقَ ولَدُها ويَسْتمتِعُ بأُمِّه إلى أنْ يَقْرُبَ موتُه فيُعْتِقُها.

---

(١) في المخطوط: «قول الشافعي».

(٢) في المخطوط: «بوطنها».

(٣) في المخطوط: «من ضرر ظاهر».

(٤) في المخطوط: «علم».

وجه قولِ أبي يوسف: أنّه إذا وطِئَها ولم يَعْزِلْ عنها احتُمِلَ كونُ الولَدِ منه فلا يَحِلُّ له النّفْيُ بالشَّكِّ والاحتِمالِ.

-(**وجه قولِ أبي حنيفة**) [١] : أنّه إذا لم يُحَصِّنْها احتُمِلَ كونُه من غيرِه فلا يَلْزَمُه الإقرارُ به بالشَّكِّ؛ لأنّ غيرَ الثّابتِ بيقينٍ لا يَثْبُتُ بالشَّكِّ كما أنّ الثّابتَ بيقينٍ لا يَزولُ بالشَّكِّ.

وجه قولِ محمدٍ: أنّه إذا احتُمِلَ كونُه من غيرِه لا يَلْزَمُه الإقرارُ به كما قاله أبو حنيفة رحمه الله ولمّا احتُمِلَ كونُه منه لا يجوزُ له النّفْيُ أيضًا كما قاله أبو يوسف لَكِنْ يَسْلُكُ فيه مسلك الاحتياطِ فيُعْتَقُ الولَدُ صيانةً عن استِرْقاقِ الحُرِّ عَسَى ويَسْتمتِعُ بأُمِّه؛ لأنّ الاستِمْتاعَ بالأمةِ وأُمِّ الولَدِ مُباحٌ ويُعْتِقُها عند موتِه صيانةً عن استِرْقاقِ الحُرّةِ [٢] بعدَ موتِه.

ويَسْتَوي في فِراشِ المِلْكِ مِلْكُ كُلِّ المَحَلِّ وبعضِه ومِلْكُ الذّاتِ ومِلْكُ اليَدِ في ثُبوتِ النّسَبِ.

وبيانُ ذلك في مَسائلَ:

إذا حَمَلَتِ الجاريةُ في مِلْكِ رجلينِ [فجاءَتْ بوَلَدٍ] [٣] فادَّعاه أحدُهما يَثْبُتُ نَسَبُ الولَدِ منه؛ لأنّ ما له من المِلْكِ أوجَبَ النّسَبَ بقدرِه إلاّ أنّ النّسَبَ لا يَتَجزّأُ فمتى ثَبَتَ في البعضِ يَتَعَدَّى إلى الكُلِّ وتَصيرُ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له وعليه نصفُ قيمَتِها لِشريكِه ونصفُ العُقْرِ ولا يَضْمَنُ قيمةَ الولَدِ وهي من مَسائلِ كِتابِ العِتْقِ [٤].

ولو ادَّعَياه جميعًا مَعًا فهو ابنُهما والجاريةُ أُمُّ ولَدٍ لهما وهذا عندَنا وعند [٥] الشّافعيِّ رحمه الله هو ابنُ أحدِهما ويَتَعَيَّنُ بقولِ القائفِ.

وجه قولِه [٦] : أنّ خَلْقَ [٧] ولَدٍ واحدٍ من ماءِ فحْلينِ مُسْتَحيلٌ عادةً ما أجرَى الله سبحانه وتعالى العادةَ بذلك إلاّ في الكِلابِ على ما قيلَ فلا يكونُ الولَدُ إلاّ من أحدِهما ويُعْرَفُ ذلك بقولِ القائفِ [٨] فإنّ الشّرعَ ورَدَ بقَبولِ قولِ القائفِ في النّسَبِ فإنّه رُوِيَ أنّ

---

(١) في المخطوط: «ولأبي حنيفة رحمه الله».
(٢) في المخطوط: «الحر».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «العتاق».
(٥) في المخطوط: «وقال».
(٦) في المخطوط: «قول الشافعي».
(٧) في المخطوط: «انخلاق».
(٨) في المخطوط: «القافة».

قائفًا مَرَّ بأُسامةَ وزَيْدٍ وهما تَحْتَ قَطِيفةٍ واحدةٍ قد غَطَّى وُجُوهَهما وأرجُلُهما بادِيةٌ فقال إنّ هذِه الأقدامَ يُشْبِه بعضُها بعضًا فسَمِعَ رَسُولُ الله ﷺ ففَرِحَ بذلك حتّى كادَتْ تَبْرُقُ أسارِيرُ وجهِه عليه الصلاة والسلام.

فقد اعتبَرَ ﷺ قولَ القائفِ حيث لم يَرُدَّ عليه بل قَرَّرَه بإظهارِ الفرَحِ.

(ولَنا) إجماعُ الصّحابةِ رضي الله عنهم فإنّه رويَ أنّه وقَعَتْ هذِه الحادِثةُ في زَمَنِ [سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه فكَتَبَ إلى شُرَيْحٍ لَبَّسا فلُبِّسَ عليهما ولو بَيَّنا لَبُيِّنَ لهما هو] (١) ابنُهما يَرِثُهما ويَرِثانِه وكان ذلك بمَحْضرٍ من الصّحابةِ ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ فيكونُ إجماعًا؛ لأنّ سببَ استحقاقِ النّسَبِ بأصلِ المِلْكِ وقد وُجِدَ لِكُلِّ واحدٍ منهما فيَثْبُتُ بقدرِ المِلْكِ حِصّةٌ (٢) لِلنّسَبِ ثم يَتَعَدَّى لِضرورةِ عَدَمِ التّجزّي فيَثْبُتُ نَسَبُه من كُلِّ واحدٍ منهما على الكَمالِ.

وأمّا فرَحُ النّبيِّ ﷺ وتَرْكُ الرَّدِّ والنُّكُرِ (٣) فاحتُمِلَ أنّه لم يَكُنْ لاعتِبارِه قولَ القائفِ حُجّةً بل لِوجهٍ آخرَ وهو أنّ الكُفّارَ كانوا يَطْعَنونَ في نَسَبِ أُسامةَ رضي الله عنه وكانوا يَعْتَقِدونَ القيافةَ فلَمّا قال القائفُ ذلك فرِحَ رَسولُ الله ﷺ لِظُهورِ بُطْلانِ قولِهم [٤/٧٤ب] بما هو حُجّةٌ عندَهم فكان فرَحُه في الحقيقةِ بزَوالِ الطَّعْنِ بما هو دَليلُ الزَّوالِ عندَهم والمُحْتَمَلُ لا يَصْلُحُ حُجّةً.

وكذلك لو كانت الجاريةُ بين ثلاثةٍ أو أربَعةٍ أو خمسةٍ فادَّعَوْه جميعًا مَعًا فهو ابنُهم جميعًا ثابِتُ نَسَبه منهم والجاريةُ أُمُّ ولَدٍ لهم عند أبي حنيفةَ وقال أبو يوسفَ لا يَثْبُتُ من أكثرَ من اثنيْنِ وقال محمّدٌ لا يَثْبُتُ من أكثرَ من ثلاثةٍ.

وجه قولِ أبي يوسف: أنّ القياسَ (يَأبَى ثُبوتَ) (٤) النّسَبِ من أكثرَ من رجلٍ واحدٍ لِما (ذَكَرنا لِلشّافعيِّ) (٥) إلاّ أنّا تَرَكْنا القياسَ في رجلينِ (٦) بأثَرِ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله تعالى عنه فبَقِيَ حُكْمُ الزّيادةِ مَرْدودًا إلى أصلِ القياس.

وجه قولِ محمّد: أنّ [الحمْلَ الواحدَ يجوزُ أنْ يكونَ ثلاثةَ أولادٍ وكُلُّ واحدٍ منهم يجوزُ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «قضية».
(٣) في المخطوط: «والنكير».
(٤) في المخطوط: «أن لا يثبت».
(٥) في المخطوط: «ذكره الشافعي».
(٦) في المخطوط: «الرجلين».

أنْ يُخْلَقَ من ماءٍ على حِدةٍ وقد جاءَ عن إبراهيمَ النّخَعيّ رحمه الله أنّه أثبَتَ النّسَبَ من ثلاثةٍ فأمّا الزّيادةُ على الثّلاثةِ في بَطْنٍ واحدٍ فنادِرٌ غايةَ النُّدْرةِ] [١] فالشّرعُ [٢] الوارِدُ في الاثنيْنِ يكونُ وارِدًا في الثّلاثةِ.

ولأبي حنيفةَ أنّ الموجِبَ لِثَباتِ النّسَبِ لا يَفْصِلُ بين عَدَدِ الاثنيْنِ [٣] والخمْسةِ فالفصلُ بين عَدَدٍ وعَدَدٍ يكونُ تَحَكُّمًا من غيرِ دَليلٍ وسَواءٌ كانت الأنْصِباءُ مُتَّفِقةً أو مُخْتَلِفةً بأنْ كان لأحدِهم السُّدُسُ وللآخَرِ الرُّبْعُ وللآخَرِ الثُّلُثُ وللآخَرِ ما بَقيَ فالولَدُ ابنُهم جميعًا فحُكْمُ النّسَبِ لا يختَلِفُ؛ لأنّ سببَ ثَباتِ النّسَبِ هو أصلُ المِلْكِ لا (صِفةُ المالِكِ) [٤] واللّٰه سبحانه وتعالى أعلَم.

وأمّا حُكْمُ الاستيلادِ فيَثْبُتُ في نَصيبِ كُلّ واحدٍ منهما بقدرِ حِصَّتِه من المِلْكِ فلا يَتَعَدَّى إلى نَصيبِ غيرِه ولو كانت الجاريةُ بين الأبِ والابنِ فجاءَتْ بوَلَدٍ فادَّعَياه جميعًا مَعًا فالأبُ أولى عند عُلَمائنا الثّلاثةِ وعند زُفَرَ رحمه الله يَثْبُتُ النّسَبُ منهما جميعًا وجه قولِه أنّهما استَوَيا في سببِ الاستحقاقِ وهو أصلُ المِلْكِ فيَسْتَويانِ في الاستحقاقِ.

(ولَنا) أنّ التّرْجيحَ لِجانِبِ الأبِ؛ لأنّ نصفَ الجاريةِ مِلْكُه حَقيقةً وله حَقُّ تمليكِ النّصْفِ الآخِرِ وليس لِلابنِ إلاّ مِلْكُ النّصْفِ فكان الأبُ أولى ويَتَمَلَّكُ نَصيبَ الابنِ من الجاريةِ بالقيمةِ ضرورةَ ثُبوتِ الاستيلادِ في نَصيبِه لأنّه لا يَتَجَزّأُ فلا يُتَصَوّرُ ثُبوتُه في البعضِ دونَ البعضِ كما في الجاريةِ المُشْتَرَكةِ بين الأجنَبيّيْنِ ويَضْمَنُ كُلُّ واحدٍ منهما للآخَرِ نصفَ العُقْرِ؛ لأنّ الوطْءَ من كُلّ واحدٍ منهما في قدرِ نَصيبِ شريكِه حَصَلَ في غيرِ المِلْكِ كما في [الأجنَبيّيْنِ يَضْمَنُ كُلُّ واحدٍ منهما نصفَ العُقْرِ للآخَرِ ثم يكون النّصْفُ بالنّصْفِ قِصاصًا كما في] [٥] الأجانِبِ وهذا بخلافِ حالةِ الانفِرادِ فإنّ أمةَ لِرجلٍ [٦] إذا جاءَتْ بوَلَدٍ فادَّعاه أبوه ثَبَتَ نَسَبُه منه ولا عُقْرَ عليه عند أصحابِنا الثّلاثةِ؛ لأنّ هناك صارَ مُتَمَلِّكًا الجاريةَ ضرورةَ صِحّةِ الاستيلادِ سابِقًا عليه أو مُقارِنًا له لانعِدامِ حَقيقةِ المِلْكِ فجُعِلَ [٧] الوطْءُ في المِلْكِ وههنا الاستيلادُ صَحيحٌ بدونِ التّمَلُّكِ لِقيامِ حَقيقةِ المِلْكِ في النّصْفِ فلا حاجةَ إلى

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «الشرع».
(٣) في المخطوط: «المثنى».
(٤) في المخطوط: «وصف الكمال».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «الرجل».
(٧) في المخطوط: «فحصل».

التّمَلُّكِ لِصِحّةِ الاستيلادِ وأنّه صَحيحٌ بدونِه وإنّما يُثْبِتُ ضرورةَ ثُبوتِ الاستيلادِ في نَصيبه لأنّه [(١)] يحتملُ التّجَزُّوَ على ما ذَكَرنا هو [(٢)] الفرْقُ وكذلك الجدُّ عند عَدَمِ الأبِ لأنّه بمنزِلةِ الأبِ عند عَدَمِه.

ولو كان بين الجدِّ والحافِدِ جاريةٌ فجاءَتْ بوَلَدٍ فادَّعَياه مَعًا والأبُ حَيٌّ يَثْبُتُ النّسَبُ منهما جميعًا؛ لأنّ الجدَّ حالَ قيامِ الأبِ بمنزِلةِ الأجنَبيِّ ولو ادَّعَى الولَدَ أحدُ المالِكينَ وأبُ المالِكِ الآخَرِ فالمالِكُ أولى؛ لأنّ له حَقيقةَ المِلْكِ ولأبِ المالِكِ الآخَرِ حَقُّ التّمَلُّكِ فكان المالِكُ الحقيقيُّ أولى.

هذا كُلُّه إذا كان الشّريكانِ المُدَّعيانِ حُرَّيْنِ مسلمَيْنِ فإنْ كان أحدُهما حُرًّا والآخَرُ عبدًا فالحُرُّ أولى؛ لأنّ إثْباتَ النّسَبِ منه أنْفَعُ حيث يَصِلُ هو إلى حَقيقةِ الحُرّيّةِ وأُمُّه إلى حَقِّ الحُرّيّةِ.

وكذلك لو كان أحدُهما حُرًّا والآخَرُ عبدًا مُكاتَبًا فالحُرُّ أولى؛ لأنّ الولَدَ يَصِلُ إلى حَقيقةِ الحُرّيّةِ ولو كان أحدُهما مُكاتَبًا والآخَرُ عبدًا فالمُكاتَبُ أولى لأنّه حُرٌّ يَدًا فكان أنْفَعَ للوَلَدِ ولو كانا عبدَيْنِ يَثْبُتُ النّسَبُ منهما جميعًا.

لَكِنْ هَلْ يُشترَطُ فيه تَصْديقُ المولى؟

فيه رِوايَتانِ ومنهم مَنْ وفَّقَ بين الرِّوايَتَيْنِ فحَمَلَ شرطَ التّصْديقِ على ما إذا كان العبدُ مَحْجورًا وحَمَلَ الأُخرى على ما إذا كان مَأذونًا عملاً بهما [(٣)] جميعًا.

ولو كان أحدُهما مسلمًا والآخَرُ ذِمّيًّا فالمسلمُ أولى استحسانًا والقياسُ أنْ يَثْبُتَ نَسَبُه منهما وهو رِوايةُ الحسَنِ عن أبي حنيفةَ وزُفَرَ.

وجه القياس أنّ النّسَبَ حُكْمُ المِلْكِ وقد استَوَيا في المِلْكِ فيَسْتَويانِ في حُكْمِه كما في سائرِ الأحْكامِ المُتَعَلِّقةِ بالمِلْكِ.

وجه الاستحسانِ أنّ إثْباتَ النّسَبِ من المسلمِ أنْفَعُ لِلصّبيِّ لأنّه يُحْكَمُ بإسلامِه تَبَعًا له وكذلك لو كان أحدُهما كِتابيًّا والآخَرُ مَجوسيًّا فالقياسُ أنْ يَثْبُتَ النّسَبُ منهما جميعًا لاستِوائهما في المِلْكِ وفي الاستحسانِ الكِتابيُّ أولى لأنّه أقرَبُ إلى الإسلامِ من

---

(١) زاد في المخطوط: «لا».
(٢) في المخطوط: «فهو».
(٣) في المخطوط: «بالروايتين».

المَجوسيِّ فكان [٤/ ٧٥أ] أنْفعَ لِلصَّبيِّ.

[ولو كان أحدُهما عبدًا مسلمًا أو مُكاتبًا مسلمًا والآخر حُرًّا كافِرًا فالحُرُّ أولى؛ لأنّ هذا أنْفعُ لِلصَّبيِّ] [١]؛ لأنّه يُمْكِنُه أنْ يَكْتَسِبَ الإسلامَ بنفسِه إذا عَقَلَ ولا يُمْكِنُه اكتِسابُ الحُرّيّةِ بحالٍ ولو كان أحدُهما ذِمّيًّا والآخرُ مُرْتَدًّا فهو ابنُ المُرْتَدِّ؛ لأنّ ولَدَ المُرْتَدِّ على حُكْمِ الإسلامِ.

(ألا ترَى) [٢] أنّه إذا بَلَغَ كافِرًا يُجْبَرُ على الإسلامِ وإذا أُجْبِرَ عليه فالظّاهرُ أنّه يُسْلِمُ فكان هذا أنْفعَ لِلصَّبيِّ.

هذا كُلُّه إذا خَرَجَتْ دَعْوةُ الشَّريكينِ مَعًا فأمّا إذا سَبَقَتْ دَعْوةُ أحدِهما في هذِه الفُصولِ كُلِّها كائنًا مَنْ كان فهو أولى؛ لأنّ النّسَبَ إذا ثَبَتَ من إنسانٍ في زَمانٍ لا يحتملُ الثُّبوتَ من غيرِه بعدَ ذلك الزّمانِ هذا إذا حَمَلَتِ الجاريةُ في مِلْكِهما [٣] فجاءَتْ بوَلَدٍ فادَّعاه أحدُهما أو ادَّعَياه جميعًا فأمّا إذا كان [العُلوقُ] [٤] قبلَ الشِّراءِ بأنِ اشتريَاها [٥] وهي حامِلٌ فجاءَتْ بوَلَدٍ فادَّعاه أحدُهما.

فأمّا حُكْمُ نَسَبِ الولَدِ وصَيْرورةُ الجاريةِ أُمَّ ولَدٍ له وضَمانُ نصفِ قيمةِ الأُمِّ موسِرًا كان أو مُعْسِرًا فلا يختَلِفُ ويختَلِفُ حُكْمُ العُقْرِ والولَدِ فلا يجبُ العُقْرُ هنا ويجبُ هناك؛ لأنّ الإقرارَ بالنّسَبِ هنا لا يكونُ إقرارًا بالوطْءِ لِتَيَقُّنِنا بعَدَمِ العُلوقِ في المِلْكِ بخلافِ الأوّلِ والولَدُ يكونُ بمنزِلةِ عبدٍ بين شريكينِ أعتَقَه أحدُهما؛ لأنّ ابْتِداءَ العُلوقِ لم يَكُنْ في مِلْكِه فلم يجُزْ إسنادُ الدَّعْوَى إلى حالةِ العُلوقِ إلاّ أنّه ادَّعَى نَسَبَ ولَدٍ بعضُه على مِلْكِه ودَعْوَى المِلْكِ بمنزِلةِ إنْشاءِ الإعتاقِ [٦].

ولو أعتَقَ هذا الولَدَ يَضْمَنُ نَصيبَ شريكِه منه إنْ كان موسِرًا ولم يَضْمَنْ إنْ كان مُعْسِرًا كذا هذا بخلافِ ما إذا عَلِقَتِ الجاريةُ في مِلْكِها [٧]؛ لأنّ هناك استَنَدَتِ الدَّعْوةُ إلى حالِ العُلوقِ فسَقَطَ الضّمانُ وهنا لا تستَنِدُ فلا بُدَّ من إفْرادِ الولَدِ بالضّمانِ والولاءُ بينهما وإنِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «إلا».
(٣) في المخطوط: «ملكها».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «اشتراها».
(٦) في المخطوط: «العتق».
(٧) في المخطوط: «ملكهما».

ادَّعَياه جميعًا معًا فهو ابنُهما، ولا عُقْرَ لِواحدٍ منهما على صاحبه كما في الأوّلِ ولا يفتَرِقانِ إلاّ في الولاءِ (فإنْ ثَبَتَ هنا) [١] لا يَثْبُتُ هناك؛ لأنّ الدَّعْوةَ ثَمّةَ دَعْوةُ الاستيلادِ [٢] فيُعَلَّقُ الولَدُ حُرًّا والدَّعْوةُ هنا دَعْوةُ تَحْريرٍ وأنّه يوجِبُ استحقاقَ الولاءِ قال ﷺ: «الولاءُ لِمَنْ أعتَقَ» [٣] ولو كانت الجاريةُ المُشتراةُ زَوْجةَ أحدِهما فجاءَتْ بولَدٍ لأقَلَّ من سِتّةِ أشهُرٍ يَثْبُتُ نَسَبُه من الزَّوْجِ من غيرِ دَعْوةٍ لأنّها إذا جاءَتْ به لأقَلَّ من سِتّةِ أشهُرٍ فقد تَيَقَّنّا أنّ عُلوقَ الولَدِ كان من النّكاح وعقدُ النّكاح يوجِبُ الفِراشَ بنفسِه ويَضْمَنُ نصفَ قيمةِ الجاريةِ لأنّها صارَتْ أُمَّ ولَدٍ له فصارَ مُتَمَلِّكًا نَصيبَ شريكِه بالقيمةِ ولا يَضْمَنُ قيمةَ الولَدِ لأنّه عَتَقَ عليه من غيرِ صُنْعِه ولو اشترى أخَوانِ جاريةً حامِلاً فجاءَتْ بوَلَدٍ فادَّعاه أحدُهما يَثْبُتُ نَسَبُه منه وعليه نصفُ قيمةِ الولَدِ؛ لأنّ دَعْوَتَه دَعْوةُ تَحْريرٍ فإذا ادَّعاه فقد حَرَّرَه والتّحْريرُ إتْلافُ نَصيبِ شريكِه فيَضْمَنُ نصفَ قيمَتِه ولا يُعْتَقُ الولَدُ على عَمِّه بالقَرابةِ؛ لأنّ الدَّعْوةَ من أخيه إعتاقٌ حَقيقةً فيُضافُ العِتْقُ إليه لا إلى القَرابةِ والله أعلم.

هذا إذا ولَدَتِ الجاريةُ المُشترَكةُ ولَدًا فادَّعاه أحدُ الشَّريكينِ أو ادَّعَياه جميعًا.

فأمّا إذا ولَدَتْ ولَدَيْنِ فادَّعَى كُلُّ واحدٍ منهما ولَدًا على حِدةٍ فنَقولُ: هذا في الأصلِ لا يخلو إمّا أنْ ولَدَتْهما في بَطْنٍ واحدٍ وإمّا أنْ ولَدَتْهما في بَطْنَيْنِ مُخْتَلِفينَ والدَّعْوَتانِ إمّا أنْ خَرَجَتا جميعًا مَعًا وإمّا أنْ سَبَقَتْ إحداهما الأُخرى فإنْ ولَدَتِ الجاريةُ الولَدَيْنِ في بَطْنٍ واحدٍ فإنْ خَرَجَتِ الدَّعْوَتانِ جميعًا مَعًا ثَبَتَ نَسَبُ الولَدَيْنِ منهما جميعًا؛ لأنّ دَعْوةَ أحدِ التّوْأمَيْنِ دَعْوةُ الآخَرِ لاستِحالةِ الفصلِ بينهما في النّسَبِ لِعُلوقِهما من ماءٍ واحدٍ فكانت دَعْوةُ أحدِهما دَعْوةَ الآخَرِ ضرورةً وإنْ سَبَقَ أحدُهما بالدَّعْوةِ ثَبَتَ نَسَبُ الولَدَيْنِ منه لأنّه ثَبَتَ نَسَبُ المُدَّعَى ومن ضرورَتِه ثُبوتُ نَسَبِ الآخَرِ وعَتَقا جميعًا لِعُلوقِهما حُرَّيِ الأصلِ وصارَتِ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له وغَرِمَ نصفَ العُقْرِ ونصفَ قيمةِ الجاريةِ واللّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

هذا إذا ولَدَتْهما في بَطْنٍ واحدٍ فأمّا إذا ولَدَتْهما في بَطْنَيْنِ مُخْتَلِفينَ فإنْ خَرَجَتِ

---

(١) في المخطوط: «فإنه يثبت هاهنا و».

(٢) في المخطوط: «استيلاد».

(٣) أخرجه البخاري، كتاب: البيوع، باب: إذا اشترط شروطًا في البيع لا تحل، برقم (٢١٦٨)، ومسلم، كتاب: العتق باب: إنما الولاء لمن أعتق، برقم (١٥٠٤).

الدَّعْوَتانِ جميعًا مَعًا ثَبَتَ نَسَبُ الأكبَرِ من مُدَّعي الأكبَرِ بلا شَكٍّ وصارَتِ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له وغَرِمَ نصفَ قيمةِ الجاريةِ ونصفَ العُقْرِ لِمُدَّعي الأصغَرِ.

وهَلْ يَثْبُتُ نَسَبُ الولَدِ الأصغَرِ من مُدَّعي الأصغَرِ؟

فالقياسُ أنْ لا يَثْبُتَ إلاّ بتَصْديقِ مُدَّعي الأكبَرِ [وفي الاستحسانِ يَثْبُتُ.

وجه القياس أنّ الجاريةَ صارَتْ أُمَّ ولَدٍ لِمُدَّعي الأكبَرِ] [١] لِثُبوتِ نَسَبِ الأكبَرِ منه فمُدَّعي الأصغَرِ يَدَّعي ولَدَ أُمِّ ولَدِ الغيرِ ومَنِ ادَّعَى ولَدَ أُمِّ ولَدِ الغيرِ لا يَثْبُتُ نَسَبُه منه إلاّ بتَصْديقِه ولم يوجَدْ.

وجه الاستحسانِ أنّ مُدَّعيَ الأكبَرِ غيرُ مُدَّعي الأصغَرِ حيث أَخَّرَ الدَّعْوةَ إلى دَعْوَتِه فصارَ مُدَّعي الأصغَرِ بتَأخيرِ [مدعى] [٢] دَعْوةِ [مدعى] [٣] الأكبَرِ [إلى دعوته] [٤] مَغْرورًا من جِهَتِه ووَلَدُ المَغْرور ثابِتُ النّسَبِ حُرٌّ بالقيمةِ وعلى مُدَّعي الأصغَرِ العُقْرُ لِمُدَّعي الأكبَرِ لَكِنّ نِصْفَ العُقْرِ أو كُلَّه ففيه اختِلافُ الرِّوايَتَيْنِ والتَّوْفيقُ بينهما مُمْكِنٌ؛ لأنّ روايةَ نصفِ العُقْرِ على مُدَّعي الأصغَرِ جوابُ حاصِلِ ما عليه من العُقْر بعدَ القِصاصِ وهو النِّصْفُ وروايةُ الكُلِّ بيانُ ما عليه قبلَه؛ لأنّ مُدَّعيَ الأكبَرِ قد غَرِمَ نصفَ العُقْرِ لِمُدَّعي الأصغَرِ فالنِّصْفُ بالنِّصْفِ يَلْتَقيانِ قِصاصًا فلا يَبْقَى على مُدَّعي الأصغَرِ بعدَ المُقاصّةِ إلاّ النِّصْفَ فأمكَنَ التَّوْفيقُ بين الرِّوايَتَيْنِ من هذا الوجه وعلى مُدَّعي الأصغَرِ قيمةُ الولَدِ الأصغَرِ لأنّه ولَدُ المَغْرورِ ووَلَدُ المَغْرورِ حُرٌّ بالقيمةِ بإجماعِ الصّحابةِ رضي الله تعالى عنهم [٥].

فإذًا على مُدَّعي الأصغَرِ نصفُ العُقْرِ وكُلُّ قيمةِ الولَدِ وعلى مُدَّعي الأكبَرِ نصفُ قيمةِ الجاريةِ لِصَيْرورَتِها أُمَّ ولَدٍ له فيَصيرُ نصفُ قيمةِ الجاريةِ الذي على مُدَّعي الأكبَرِ قِصاصًا بنصفِ العُقْرِ وقيمةُ الولَدِ الذي على مُدَّعي الأصغَرِ ويَترادّانِ الفضْلَ.

هذا إذا خَرَجَتِ الدَّعْوَتانِ جميعًا مَعًا فادَّعَى أحدُهما الأكبَرَ والآخَرُ الأصغَرَ فأمّا إذا [٦]

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) في المخطوط: «عليهم أجمعين».

(٦) في المخطوط: «إن».

أَسبَقَ أحدُهما بالدَّعْوةِ فإنِ ادَّعَى السّابِقُ [بالدعوة] (١) الأكبَرَ أوّلاً.

فقد ثَبَتَ نَسَبُ الأكبرِ منه وعَتَقَ وصارَتِ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له وغَرِمَ لِشريكِه نصفَ قيمةِ الجاريةِ ونصفَ العُقْرِ بعدَ (٢) ذلك إذا ادَّعَى الآخَرُ الأصغَرَ فقد ادَّعَى ولَدَ أُمِّ ولَدِ الغيرِ فلا بُدَّ من التّصْديقِ لِثَباتِ النّسَبِ فإنْ صَدَّقَه ثَبَتَ النّسَبُ ويكونُ على حُكْمِ أُمّه وإنْ كذَّبَه لا يَثْبُتُ النَسَبُ هذا إذا [ادَّعَى] (٣) السّابِقُ بالدَّعْوةِ الأكبَرَ أوّلاً.

فأمّا إذا ادَّعَى الأصغَرَ أوّلاً ثَبَتَ (٤) نَسَبُ الأصغرِ منه وعَتَقَ وصارَتِ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له وضَمِن نصفَ قيمَتِها ونصفَ عُقْرِها لِشريكِه الآخَرِ والأكبَرُ بعدُ رَقيقٌ بينهما لأنّه ولَدُ جاريةٍ مملوكةٍ بينهما لم يَدَّعِه أحدٌ فإذا ادَّعاه الشَّريكُ الآخَرُ بعدَ ذلك صارَ كعبدٍ بين اثنيْنِ أعتَقَه أحدُهما عَتَقَ نَصيبُه وثَبَتَ نَسَبُه منه والشَّريكُ الآخَرُ بالخيارِ إنْ شاء أعتَقَ نَصيبَه وإنْ شاء ضَمَّنَ المُعْتِقَ قيمةَ نَصيبه إنْ كان موسِرًا وإنْ كان مُعْسِرًا فلَه خيارُ الإعتاقِ والاستِسْعاءِ لا غيرُ وهذا قولُ أبي حنيفةَ رحمه الله وعندَهما إنْ كان موسِرًا فلَه (تَضْمينُ الموسِرِ) (٥) لا غيرُ وإنْ كان مُعْسِرًا فلَه الاستِسْعاءُ [لا غير] (٦) على ما عُلِمَ (٧) في كِتابِ العَتاقِ.

ولو قال أحدُهما: الأكبَرُ ابني والأصغَرُ ابنُ شريكي ثَبَتَ نَسَبُ الأكبرِ منه وصارَتِ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له وضَمِن (٨) نصفَ قيمةِ الجاريةِ ونصف العُقْرِ لِشريكِه والأصغَرُ ولَدُ أُمِّ ولَدِه أقَرَّ بنَسَبه لِشريكِه فإنْ صَدَّقَه شريكُه ثَبَتَ نَسَبُه منه ولا يُعْتَقُ، وإنْ كذَّبَه لا يَثْبُتُ النَّسَبُ، وكذلك لو قَدَّمَ وأخَّرَ بأنْ قال: (الأصغَرُ ابنُ شريكي والأكبر ابني) (٩) ثَبَتَ نَسَبُ الأصغرِ (١٠) منه ونَسَب الأكبَرِ (١١) موقوفٌ على تَصْديقِ شريكِه.

ولو قال أحدُهما الأصغَرُ ابني والأكبَرُ ابنُ شريكي أو قَدَّمَ وأخَّرَ فقال الأكبَرُ ابنُ شريكي والأصغَرُ ابني ثَبَتَ نَسَبُ الأصغرِ منه وعَتَقَ وصارَتِ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له [وعَتَقَ] (١٢)

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فبعد».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «يثبت».
(٥) في المخطوط: «التضمين».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «عرف».
(٨) في المخطوط: «ويضمن».
(٩) في المطبوع: «الأصغر ابني والأكبر ابن شريكي».
(١٠) في المخطوط: «الأكبر».
(١١) في المخطوط: «الأصغر».
(١٢) ليست في المخطوط.

وضَمن لِشريكِه نصفَ قيمةِ الجاريةِ ونصفَ العُقْرِ ونَسَبُ الأكبَرِ موقوفٌ على تَصْديقِ شريكِه فإنْ صَدَّقَه ثَبَتَ النَّسَبِ منه ويَغْرَمُ لِمُدَّعي الأصغَرِ نصفَ قيمةِ الأكبَرِ وإنْ كذَّبَه صارَ كعبدٍ بين شريكينِ شَهِدَ أحدُهما على صاحبه بالإعتاقِ وكذَّبَه صاحبُه (لِما عُلِمَ) [١] في كِتابِ [٢] العَتاقِ.

ولو ولَدَتْ جاريةٌ [٣] في يَدِ إنسانٍ ثلاثةَ أولادٍ فادَّعَى أحدَهم فنَقولُ [٤]: لا يخلو إمّا إنْ وُلِدوا في بَطْنٍ واحدٍ وإمّا إنْ وُلِدوا في بُطونٍ مُخْتَلِفةٍ ولا يخلو إمّا أنِ ادَّعَى أحدَهم بعَيْنِه وإمّا أنِ ادَّعَى أحدَهم بغيرِ عَيْنِه فإنْ وُلِدوا في بَطْنٍ واحدٍ فادَّعَى أحدَهم بغيرِ عَيْنِه فقال أحدُ هَؤُلاءِ ابني أو عَيَّنَ واحدًا [منهم] [٥] فقال هذا ابني عَتَقوا وثَبَتَ نَسَبُ الكُلِّ منه؛ لأنّ من ضرورةِ ثُبوتِ نَسَبِ أحدِهم ثُبوتُ نَسَبِ الباقينَ لأنّهم تَوْأَمٌ عَلِقوا من ماءٍ واحدٍ فلا يُفْصَلُ بين البعضِ والبعضِ في النَّسَبِ وإذا ثَبَتَ نَسَبُهم صارَتِ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له.

هذا إذا وُلِدوا في بَطْنٍ واحدٍ وأمّا إذا وُلِدوا في بُطونٍ مُخْتَلِفةٍ فقال الأكبَرُ ولَدي ثَبَتَ نَسَبُه [٦] منه وصارَتِ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له وهَلْ يَثْبُتُ نَسَبُ الأوسَطِ [٤/ ٧٦أ] والأصغَرِ القياسُ أنْ يَثْبُتَ وهو قولُ زُفَرَ رحمه الله ويكونُ حُكْمُهما حُكْمَ الأُمِّ وفي الاستحسانِ لا يَثْبُتُ.

وجه القياس: ظاهرٌ لأنّه لَمّا ثَبَتَ نَسَبُ الأكبَرِ فقد صارَتِ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له فكان الأوسَطُ والأصغَرُ ولَدَ أُمِّ الولَدِ ووَلَدُ أُمِّ الولَدِ يَثْبُتُ نَسَبُه من مولاها من غيرِ دَعْوةٍ ما لم يوجَدِ النَّفْيُ منه ولم يوجَدْ.

وجه الاستحسانِ: أنّ النَّفْيَ فيه وإنْ [٧] لم يوجَدْ نَصًّا فقد وُجِدَ دَلالةً وهو الإقدامُ على تَخصيصِ أحدِهم بالدَّعْوةِ فإنّ ذلك دَليلُ نَفْيِ البَواقي إذْ لو لم يَكُنْ [كذلك لم يَكُنْ] [٨] لِتَخْصيصِ البعضِ مع استِواءِ الكُلِّ في استحقاقِ [٩] الدَّعْوةِ مَعْنًى.

---

(١) في المخطوط: «على ما عرف».
(٢) في المخطوط: «مسائل».
(٣) في المخطوط: «الجارية».
(٤) في المخطوط: «فهذا».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «نسب الأكبر».
(٧) في المخطوط: «أن».
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) في المخطوط: «استحكام».

هذا إذا ادَّعَى الأكبَرَ فأمّا إذا ادَّعَى الأوسَطَ فهو [١] حُرٌّ ثابِتُ النّسَبِ منه وصارَتِ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له والأكبَرُ رَقيقٌ لأنّه ولِدَ على مِلْكِه ولم يَدَّعِه أحدٌ وهَلْ يَثْبُتُ نَسَبُ الأصغَرِ فهو على ما ذَكَرنا من القياس والاستحسان.

هذا إذا ادَّعَى الأوسَطَ فأمّا إذا ادَّعَى الأصغَرَ فهو [٢] حُرٌّ ثابِتُ النّسَبِ والجاريةُ أُمُّ ولَدٍ له والأكبَرُ والأوسَطُ رَقيقانِ لِما ذَكَرنا.

هذا إذا ادَّعَى أحدهم بعَيْنِه فأمّا إذا ادَّعَى بغيرِ عَيْنِه فقال: أحدُ هَؤُلاءِ ابني فإنْ بَيَّنَ فالحُكْمُ فيه ما ذَكَرنا وإنْ مات قبلَ البيانِ عَتَقَتِ الجاريةُ بلا شَكٍّ لأنّه لَمّا ادَّعَى نَسَبَ أحدِهم فقد أقَرَّ أنّ الجاريةَ أُمُّ ولَدٍ له وأُمُّ الولَدِ تُعْتَقُ بموتِ السَّيِّدِ.

وأمّا حُكْمُ الأولادِ في العِتْقِ فقد ذَكَرنا الاختِلافَ فيه بين أبي حنيفةَ وصاحبَيْه رِضْوانُ الله تعالى عليهم في كِتابِ العَتاقِ.

عبدٌ صَغيرٌ بين اثنيْنِ أعتقَه أحدُهما ثم ادَّعاه الآخَرُ ثَبَتَ نَسَبُه منه عند أبي حنيفةَ رحمه الله ونصفُ ولائه لَلآخَرِ وعندَهما لا يَثْبُتُ نَسَبُه بناءً على أنّ الإعتاقَ يَتجزَّأُ عندَه [٣] فيَبْقَى نَصيبُ المُدَّعي على مِلْكِه فتَصِحُّ دَعْوَتُه فيه وعندَهما لا يَتجزَّأُ ويُعْتَقُ الكُلُّ فلم يَبْقَ للمُدَّعي فيه مِلْكٌ فلم تَصِحَّ دَعْوَتُه وإنْ كان العبدُ كبيرًا فكذلك عندَه [٤] لِما ذَكَرنا أنّه يَبْقَى المِلْكُ له في نَصيبه وعندَهما إنْ صَدَّقَه العبدُ ثَبَتَ النّسَبُ وإلاّ فلا لأنّه عَتَقَ كُلُّه بإعتاقِ البعضِ فلا بُدَّ من تَصْديقِه.

ويُخَرّج على الأصلِ الذي ذَكَرْنا دَعْوةُ العبدِ المَأذونِ ولَدَ جاريةٍ من أكسابه أنّها تَصِحُّ ويَثْبُتُ نَسَبُ الولدِ منه؛ لأنّ مِلْكَ اليَدِ ثابِتٌ له وأنّه كافٍ لِثَباتِ النّسَبِ ولو ادَّعَى المُضارِبُ ولَدَ جاريةِ المُضارَبةِ لم تَصِحَّ [دَعْوَتُه] [٥] إذا لم يَكُنْ في المُضارِبة [٦] رِبْحٌ لأنّه لا بُدَّ لِثَباتِ النّسَبِ من مِلْكٍ ولا مِلْكَ للمُضارِبِ أصلاً لا مِلْكُ الذّاتِ ولا مِلْكُ اليَدِ إذا لم يَكُنْ في المُضارَبةِ رِبْحٌ.

ولو ادَّعَى ولَدًا من جاريةٍ لِمولاه ليس من تِجارَتِه وادَّعَى أنّ مولاها أحَلَّها له أو زَوّجها

---

(١) في المخطوط: «فالأوسط».

(٢) في المخطوط: «فالأصغر».

(٣) في المخطوط: «عند أبي حنيفة».

(٤) في المخطوط: «عند أبي حنيفة».

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) في المطبوع: «والمضارب».

منه لا يَثْبُتُ نَسَبُه منه إلاّ بتَصْديقِ المولى لأنّه أجنَبيٌّ عن مِلْكِ [(١)] المولى لانعِدامِ المِلْكِ له فيه أصلاً فالتَحقَ بسائرِ الأجانِبِ إلاّ في الحدِّ فإنْ كذَّبه المولى ثم عَتَقَ فمَلك الجارية بوجهٍ من الوُجوه نَفَذَتْ دَعْوَتُه لأنّه أقَرَّ بجِهةٍ مُصَحِّحة لِلنَّسَبِ لَكِنْ تَوَقَّفَ نَفاذُه لِحَقِّ المولى وقد زالَ.

ولو تزوَّجَ المَأذونُ حُرَّةً أو أمةً فوَطِئَها ثَبَتَ النَّسَبُ منه سَواءٌ كان النِّكاحُ بإذنِ المولى أو لا [(٢)]؛ لأنّ النَّسَبَ ثَبَتَ [(٣)] بالنِّكاح صَحيحًا كان أو فاسدًا وعلى هذا دَعْوةُ المُكاتَبِ ولَدَ جاريةٍ من أكسابه صَحيحةٌ؛ لأنّ مِلْكَ [اليَدِ و] [(٤)] التَّصرُّفِ ثابِتٌ له كالمَأذونِ.

وإذا ثَبَتَ نَسَبُ الولَدِ منه لم يَجُزْ بيعُ الولَدِ ولا بيعُ الجاريةِ أمّا الولَدُ فلأنّه مُكاتَبٌ عليه ولا يجوزُ بيعُ المُكاتَبِ وأمّا الأمُّ فلأنّه له فيها حَقُّ مِلْكٍ يَنْقَلِبُ ذلك الحقُّ حَقيقةً عند الأداءِ فمُنِعَ من بيعِها والعبدُ المسلمُ والذِّمّيُّ سَواءٌ في دَعْوَى النَّسَبِ وكذا [(٥)] المُكاتَبُ المسلمُ والذِّمّيُّ؛ لأنّ الكُفْرَ لا يُنافي النَّسَبَ.

ويَسْتَوي في دَعْوَتِه الاستيلادَ وُجودُ المِلْكِ وعَدَمُه عند الدَّعْوةِ بعدَ أنْ كان العُلوقُ في المِلْكِ فإنْ كان العُلوقُ في غيرِ المِلْكِ كانت دَعْوَتُه دَعْوةَ تَحْريرٍ فيُشترَطُ قيامُ المِلْكِ عند الدَّعْوةِ فإنْ كان في مِلْكِه يَصِحُّ وإنْ كان في مِلْكِ غيرِه لا يَصِحُّ إلاّ بشرطِ [(٦)] التَّصْديقِ والبَيِّنةِ (فنَقولُ:

جُمْلةُ) [(٧)] الكَلامِ فيه أنّ الدَّعْوةَ نوعانِ: دَعْوةُ الاستيلادِ ودَعْوةُ تَحْريرٍ.

فدَعْوةُ الاستيلادِ: هي أنْ يكونَ عُلوقُ المُدَّعَى في مِلْكِ المُدَّعي وهذِه الدَّعْوةُ تستَنِدُ إلى وقتِ العُلوقِ وتَتَضَمَّنُ الإقرارَ بالوطْءِ فيَتَبَيَّنُ أنّه عَلِقَ حُرًّا ودَعْوةُ التَّحْريرِ هو أنْ يكونَ عُلوقُ المُدَّعَى في غيرِ مِلْكِ [المُدَّعي] [(٨)] وهذِه الدَّعْوةُ تَقْتَصِرُ على الحالِ ولا تَتَضَمَّنُ الإقرارَ بالوطْءِ [لعدم تصور [٤/ ٧٦ب] الاستيلاد] [(٩)] لِعَدَمِ المِلْكِ وقتَ العُلوقِ.

---

(١) في المخطوط: «مال».
(٢) في المخطوط: «بغير إذنه».
(٣) في المخطوط: «يثبت».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «كذلك».
(٦) في المخطوط: «بشريطة».
(٧) في المخطوط: «و».
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) زيادة من المخطوط.

وبيانُ هذِه الجُمْلةِ في مَسائلَ: إذا ولَدَتْ جاريةٌ في مِلْكِ رجلٍ لِستّةِ أشهُرٍ فصاعِدًا فلم يَدَّعِ الولَدَ حتى باع الأُمَّ والولَدَ ثم ادَّعَى الولَدَ صَحَّتْ دَعْوَتُه ويَثْبُتُ [١] النّسَبُ منه وعَتَقَ وظَهَرَ أنّ الجاريةَ أُمُّ ولَدٍ له ويَبْطُلُ البيعُ في الجاريةِ وفي ولَدِها وهذا استحسانٌ.

و[في] [٢] القياس: أنْ لا تَصِحَّ دَعْوَتُه ولا يَثْبُتَ النّسَبُ لِعَدَمِ المِلْكِ وقتَ الدَّعْوةِ.

[و] [٣] وجه الاستحسانِ: أنّ قيامَ المِلْكِ وقتَ الدَّعْوةِ ليس بشرطٍ لِصِحّةِ هذِه الدَّعْوةِ بل الشّرطُ أنْ يكونَ عُلوقُ الولَدِ في المِلْكِ؛ لأنّ هذِه الدَّعْوةَ تستَنِدُ إلى وقتِ العُلوقِ فإذا كانَ عُلوقُ الولَدِ في مِلْكِ المُدَّعي فقد ثَبَتَ له حَقُّ استحقاقِ النّسَبِ وأنّه لا يحتملُ البطْلانَ كما لا يحتملُ [٤] حَقيقةَ النّسَبِ فلم يَبْطُلِ (البيعُ وصَحَّتْ) [٥] دَعْوَتُه وظَهَرَ أنّ الجاريةَ كانت أُمَّ ولَدٍ فلم يَصِحَّ بيعُها وبيعُ ولَدِها (فيَرُدُّها وولَدَها) [٦] ويَرُدُّ الثّمَنَ ولو لم يَدَّعِه البائعُ حتى خَرَجَ عن مِلْكِ المُشتري بوجهٍ من الوُجوه يُنْظَرُ إنْ كان ذلك يحتملُ الفسخَ يَفْسَخُ وإنْ لم يحتملْه [٧] لا يَفْسَخُ إلاّ لِضرورةٍ (فنَقولُ: بيانُه) [٨] إذا كان المُشتري باع الولَدَ أو وهَبَه أو رَهَنه أو آجَرَه أو كاتَبَه فادَّعاه البائعُ نَقَضَ ذلك وثَبَتَ النّسَبُ؛ لأنّ هذِه التّصَرُّفاتِ مِمّا يحتملُ [٩] الفسخَ والنّقْضَ.

وكذلك لو كان المُشتري باع الأُمَّ أو كاتَبَها أو رَهَنَها أو آجَرَها أو زَوّجَها لِما قُلْنا ولو كان أعتقَها أو أعتَقَ الولَدَ لم تَصِحَّ دَعْوة البائعِ؛ لأنّ العِتْقَ بعدَ ثُبوتِه لا يحتملُ البطْلانَ إلاّ لِضرورةٍ لأنّه يَعْقُبُه أثَرٌ لا يحتملُ البطْلانَ وهو الولاءُ وكذلك لو مات الولَدُ أو قُتِلَ؛ لأنّ المَيّتَ مُسْتَغْنٍ عن النّسَبِ وكذلك لو كان المُشتري باع الولَدَ فأعتقَه المُشتري أو دَبَّرَه أو مات عبدُه لم تَصِحَّ دَعْوةُ البائع لِما قُلْنا.

ولو كان المُشتري أعتَقَ الأُمَّ أو دَبَّرَها دونَ الولَدِ صَحَّتْ دَعْوَتُه في الولَدِ ولم تَصِحَّ في الأُمِّ وفُسِخَ البيعُ في الولَدِ ولا يُفْسَخُ في الأُمِّ؛ لأنّ المانِعَ من الفسخِ خَصَّ الأُمَّ ولا تَصيرُ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له؛ لأنّ أُموميّةَ الولَدِ ليستْ من لَوازِمِ ثَباتِ النّسَبِ بل تَنْفَصِلُ عنه في

---

(١) في المخطوط: «ثبت».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «يحتمله».
(٥) في المخطوط: «بالبيع فصحت».
(٦) في المخطوط: «فيسترد الجارية والولد».
(٧) في المخطوط: «يكن محتملا للفسخ».
(٨) في المخطوط: «وبيان ذلك».
(٩) في المخطوط: «تحتمل».

الجُمْلةِ كمَنِ استَوْلَدَ جاريةَ الغيرِ بالنّكاح يَثْبُتُ نَسَبُ الولَدِ منه ولا تَصيرُ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له للحالِ إلاّ أنْ يَمْلِكَها بوجهٍ من الوُجوه وإذا فُسِخَ البيعُ في الولَدِ يَرُدُّ البائعُ من الثّمَنِ حِصّةَ الولَدِ فيُقَسَّم الثّمَنُ على قدرِ قيمَتِهما فتُعْتَبَرُ قيمةُ الأُمِّ يومَ العقدِ وقيمةُ الولَدِ يومَ الوِلادةِ لأنّه إنّما صارَ ولَدًا بالوِلادةِ فتُعْتَبَرُ قيمَتُه يومئِذٍ فيَسْقُطُ قدرُ قيمةِ الأُمِّ ويَرُدُّ قدرَ قيمةِ الولَدِ.

ولو كانت قُطِعَتْ يَدُ الولَدِ عند المُشتري وأخذ أرشها ثم ادَّعاه البائعُ ثَبَتَ نَسَبُه وسَلَّمَ الأرشَ للمُشتري؛ لأنّ هذِه دَعْوةُ الاستيلادِ وأنّها تستَنِدُ إلى وقتِ العُلوقِ ومن شَأنِ المُسْتَنِدِ أنْ يَثْبُتَ للحالِ أوّلاً ثم يَسْتَنِدُ فيَسْتَدْعي قيامَ المَحَلِّ للحالِ لاستِحالةِ ثُبوتِ الحُكْمِ في الهالِكِ واليَدُ المقطوعةُ هالِكةٌ فلا يُمْكِنُ تَصْحيحُ الدَّعْوةِ فيها بطريقِ الاستِنادِ ويَسْقُطُ عن البائعِ من الثّمَنِ حِصّةُ الولَدِ لأنّه سَلَّمَ البَدَلَ للمُشتري وهو الأرشُ.

ولو ماتتِ الأُمُّ ثم ادَّعَى البائعُ [الولَدَ] [١] صَحَّتْ دَعْوَتُه وثَبَتَ النَّسَبُ؛ لأنّ مَحَلَّ النّسَبِ قائمٌ وهو الولَدُ وأُموميّةُ الولَدِ ليستْ من (لَوازِمِ ثُبوتِ النّسَبِ لِما تَقَدَّمَ فثَبَتَ) [٢] نَسَبُ الولَدِ وإنْ لم تَصِرِ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ له وهَلْ يَرُدُّ جميعَ الثّمَنِ عند أبي حنيفةَ نَعَمْ وعندَهما [٣] لا يَرُدُّ إلاّ قدرَ قيمةِ الولَدِ فتُعْتَبَرُ القيمَتانِ ويُقَسَّمُ الثّمَنُ على قدرِ قيمَتِهما فما أصابَ قيمةَ الأُمِّ يَسْقُطُ وما أصابَ قيمةَ الولَدِ يُرَدُّ لأنّه ظَهَرَ أنّ الجاريةَ أُمُّ ولَدِه [٤] ومَنْ باع أُمَّ ولَدِه ثم هَلكتْ عند المُشتري لا تكونُ مضمونةً عليه عندَه [٥] وعندَهما تكونُ مضمونةً عليه.

ولَقَبُ المسألةِ أنّ أُمَّ الولَدِ غيرُ مُتَقَوّمةٍ من حيث إنّها ليست بمالٍ عندهما وعندَهما مُتَقَوّمةٌ وهي من مَسائلِ العَتاقِ.

وعلى هذا إذا باعها والحمْلُ غيرُ ظاهرٍ فوَلَدَتْ في يَدِ المُشتري لأقَلَّ من سِتّةِ أشهُرٍ فادَّعاه [٦] البائعُ.

وعلى هذا إذا حَمَلَتِ الجاريةُ في مِلْكِه فباعها وهي حامِلٌ فوَلَدَتْ عند المُشتري لأقَلَّ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «لوازمه على ما بينا فيثبت».
(٣) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».
(٤) في المخطوط: «ولد».
(٥) في المخطوط: «عند أبي حنيفة».
(٦) في المخطوط: «فادعى».

من سِتّةِ أشهُرٍ فادَّعاه البائعُ .

هذا إذا ولَدَتْ ولَدًا (فأمّا) إذا ولَدَتْ ولَدَيْنِ في بَطْنٍ واحدٍ فادَّعَى البائعُ فإنِ ادَّعاهما ثَبَتَ نَسَبُ الولَدَيْنِ منه وهذا ظاهرٌ .

وكذا إذا ادَّعَى أحدُهما صَحَّتْ دَعْوَتُه ولَزِمَه [٤/ ١٧٧أ] الولَدانِ جميعًا لِما مَرَّ أنّ التّوْأمَيْنِ [١] لا يحتملانِ الفصلَ في النّسَبِ لانخلاقِهما من ماءٍ واحدٍ فإنْ ولَدَتْ أحدَهما لأقلَّ من سِتّة أشهر والآخَرَ لأكثرَ من سِتّةِ أشهُرٍ فادَّعَى أحدَهما ثَبَتَ نَسَبُهما ويُجْعَلُ كأنّهما ولَدَتْهما جميعًا عند البائعِ [لأقلَّ من سِتّةِ أشهُرٍ لأنّهما كانا جميعًا في البَطْنِ وقتَ البيعِ .

ولو ولَدَتْهما عند البائعِ] [٢] فباع أحدَ الولَدَيْنِ مع الأُمِّ ثم ادَّعَى الولَدَ الذي عندَه ثَبَتَ نَسَبُه [منه] [٣] ونَسَبُ الولَدِ المَبيعِ أيضًا سَواءٌ كان المُشتري ادَّعاه أو أعتقَه لِما ذَكَرنا أنّهما لا يحتملانِ الفصلَ في ثَباتِ النّسَبِ فمن ضرورةِ ثُبوتِ نَسَبِ أحدِهما ثُبوتُ نَسَبِ الآخَرِ .

وكذلك لو ولَدَتْهما عند المُشتري فأعتَقَ أحدَهما ثم ادَّعَى البائعُ الآخَرَ ثَبَتَ نَسَبُهما جميعًا ويُنْتَقَضُ العِتْقُ ضرورةً فرْقًا بين الولَدِ وبين الأُمِّ أنّه لو كان أعتَقَ الأُمَّ فادَّعَى البائعُ الولَدَ لا يُنْتَقَضُ العِتْقُ في الأُمِّ ويُنْتَقَضُ في الولَدِ ؛ لأنّ العِتْقَ لا يحتملُ الفسخَ مقصودًا وإنّما يحتملُه لِلضّرورةِ وفي الولَدِ ضرورةٌ وهو ضرورة عَدَمِ (الاحتِمالِ لِلانفصالِ) [٤] في النّسَبِ ولا ضرورةَ في الأُمِّ لِما ذَكَرنا أنّ أُموميّةَ الولَدِ تَنْفَصِلُ عن إثْباتِ [٥] النّسَبِ في الجُمْلةِ .

ولو قُطِعَتْ يَدُ أحدِ الولَدَيْنِ ثم ادَّعاهما البائعُ ثَبَتَ نَسَبُهما وكان الأرشُ للمُشتري لا للبائعِ إلاّ أنْ يُقيمَ البائعُ البَيِّنةَ على الدَّعْوةِ قبلَ البيعِ فتكونُ له لِما ذَكَرنا أنّ ما ثَبَتَ بطريقِ الاستِنادِ ثَبَتَ [٦] في الحالِ ثم يَسْتَنِدُ فيَسْتَدْعي قيامَ المَحَلِّ للحالِ واليَدُ المقطوعةُ هالِكةٌ فلا يَظْهَرُ أثَرُ الدَّعْوةِ فيها ولو قُتِلَ أحدُهما ثم ادَّعاهما البائعُ ثَبَتَ نَسَبُهما وكانت قيمةُ المقتولِ لِوَرَثةِ المقتولِ لا للمُشتري فرْقًا بين القَتْلِ والقَطْعِ .

ووجه الفرْقِ أنّ مَحَلَّ حُكْمِ الدَّعْوةِ مقصودًا هو النّفْسُ وإنّما يَظْهَرُ في الأطْرافِ تَبَعًا

---

(١) في المخطوط : «التوأم» .

(٢) ليست في المخطوط .

(٣) زيادة من المخطوط .

(٤) في المخطوط : «احتمال الانفصال» .

(٥) في المخطوط : «ثبات» .

(٦) في المخطوط : «يثبت» .

لِلنّفْسِ وبالقَطْعِ انقَطَعَتِ التّبَعيّةُ فلا يَظْهَرُ حُكْمُ الدَّعْوةِ [١] فيها فسَلِمَ الأرشُ للمُشتري ونفسُ كُلِّ واحدٍ من التّوْأمَيْنِ أصلٌ في حُكْمِ الدَّعْوةِ فمتى صَحّتْ في أحدِهما تَصِحُّ في الآخرِ.

وإنْ كان مقتولاً ضرورةَ أنّه لا يُتَصَوّرُ الفصلُ بينهما في النّسَبِ ومتى صَحّتِ الدَّعْوةُ استَنَدَتْ إلى وقتِ العُلوقِ لأنّها دَعْوةُ الاستيلادِ فتَبيّنَ [٢] أنّهما عَلِقا حُرَّيْنِ فكان يَنْبَغي أنْ تَجِبَ الدّيةُ لِوَرَثةِ المقتولِ لا القيمةُ إلاّ أنّه وجَبَتِ القيمةُ؛ لأنّ صِحّةَ هذِه الدَّعْوةِ بطريقِ الاستِنادِ، والمُسْتَنَد يكونُ ظاهرًا من وجهٍ مُقْتَصرًا من وجه على الحال من وجهٍ فعَمِلْنا بالشَّبَهَيْنِ فأوجَبنا القيمةَ عملاً بشَبَه الاقْتِصادِ [٣] وجَعَلْنا الواجبَ لِوَرَثةِ المقتولِ عملاً بشَبَه الظُّهورِ عملاً بالدَّليلينِ بقدرِ الإمكانِ وكذلك لو أعتَقَ المُشتري أحدَهما ثم قُتِلَ وتَرَكَ ميراثًا فأخذ ديَتَه وميراثَه بالولاءِ ثم ادَّعَى البائعُ الولَدَيْنِ فإنّه يُقْضَى بالحيِّ وأُمِّه للبائعِ ويَثْبُتُ نَسَبُ الولَدِ المقتولِ منه ويَأخُذُ الدّيةَ والميراثَ من المُشتري لِما قُلْنا.

هذا إذا ولَدَتْ في يَدِ المُشتري لأقَلَّ من سِتّةِ أشهُرٍ من وقتِ البيعِ فإنْ ولَدَتْ لِستّةِ أشهُرٍ فصاعِدًا لم تَصِحَّ دَعْوةُ البائعُ إلاّ أنْ يُصَدِّقَه المُشتري لأنّا لم نَتيَقّنْ بالعُلوقِ في المِلْكِ فلم يُمْكِنْ تَصْحيحُ هذِه الدَّعْوةِ دَعْوةَ استيلادٍ فتُصَحَّحُ دَعْوةَ تَحْريرٍ (ويُشترَطُ لِصِحّةِ) [٤] هذِه الدَّعْوةِ قيامُ المِلْكِ للمُدَّعي وقتَ الدَّعْوةِ ولم يوجَدْ فلا تَصِحُّ إلاّ إذا صَدَّقَه المُشتري فتَصِحُّ لأنه أقَرَّ بنَسَبِ عبدِ غيرِه وقد صَدَّقَه الغيرُ في ذلك فثَبَتَ [٥] نَسَبُه ويكونُ عبدًا لِمولاه.

ولو ادَّعَى المُشتري نَسَبَه بعدَ تَصْديقِه البائعَ لم يَصِحَّ لِما مَرَّ أنّ النّسَبَ متى ثَبَتَ لِإنسانٍ في زَمانٍ لا يُتَصَوّرُ ثُبوتُه من غيرِه بعدَ ذلك هذا كُلُّه إذا كانت الدَّعْوَى من البائعِ فإنْ كانت من المُشتري وقد ولَدَتْ لأقَلَّ من سِتّةِ أشهُرٍ صَحّتْ دَعْوَتُه وثَبَتَ النّسَبُ؛ لأنّ هذِه دَعْوةُ تَحْريرٍ لا دَعْوةُ استيلادٍ لِتَيَقُّنِنا أنّ [٦] العُلوقَ لم يَكُنْ في المِلْكِ فيَسْتَدْعي قيامَ المِلْكِ وقتَ الدَّعْوةِ وقد وُجِدَ فلو ادَّعاه البائعُ بعدَ ذلك لا تُسْمَعُ دَعْوَتُه لِما مَرَّ أنّ إثْباتَ نَسَبِ ولَدٍ

---

(١) في المخطوط: «التبعية».
(٢) في المخطوط: «فيتبين».
(٣) في المخطوط: «الاقتصار».
(٤) في المخطوط: «وشرط صحة».
(٥) في المخطوط: «فيثبت».
(٦) في المخطوط: «بأن».

واحدٍ من اثنيْنِ على التّعاقُبِ يَمْتَنِعُ ولو ادَّعاه البائعُ والمُشتري مَعًا فدَعْوةُ البائعِ أولى؛ لأنّ دَعْوَتَه دَعْوةُ استيلادٍ لِوُقوعِ العُلوقِ في الملك في المِلْكِ وأنّها تستَنِدُ إلى وقتِ العُلوقِ ودَعْوةُ المُشتري دَعْوةُ تَحْريرٍ لِوُقوعِ العُلوقِ في غيرِ المِلْكِ بيَقينٍ وأنّها تَقْتَصِرُ على الحال والمُسْتَنِدُ أولى لأنّه سابِقٌ في المعنى والأسْبَقُ أولى كرجلينِ ادَّعَيا تَلَقّيَ المِلْكِ من واحدٍ وتاريخُ أحدِهما أسْبَقُ كان الأسْبَقُ أولى كذا هذا.

وعلى هذا إذا ولَدَتْ أمةُ رجلٍ ولَدًا في مِلْكِه [٤/ ٧٧ب] لِستّةِ أشهُرٍ فصاعِدًا فادَّعاه أبوه ثَبَتَ نَسَبُه منه سَواءٌ ادَّعَى شُبْهةً أو لا صَدَّقَه الابنُ في ذلك أو كذَّبَه؛ لأنّ الإقرارَ بنَسَبِ الولَدِ إقرارٌ بوَطْءِ الجاريةِ والأبُ إذا وطِئَ جاريةَ ابنِه من غيرِ نِكاحٍ يَصيرُ مُتَمَلِّكًا إيّاها لِحاجَتِه إلى نَسَبِ ولَدٍ يَحْيا به ذِكْرُه ولا يَثْبُتُ [النّسَبُ] (١) إلاّ بالمِلْكِ وللأبِ وِلايةُ تَمَلُّكِ مالِ ابنِه عند حاجَتِه إليه.

ألا تَرَى أنّه يَتَمَلَّكُ مالَه عند حاجَتِه إلى الإنْفاقِ على نفسِه كذا هذا.

إلاّ أنّ هناك يَتَمَلَّكُ بغيرِ عِوَضٍ وهنا بعِوَضٍ وهو قيمةُ الجاريةِ لِتَفاوُتِ بين الحاجَتَيْنِ إذِ الحاجةُ هناك إلى إبقاءِ النّفْسِ والحاجةُ هنا إلى إبقاءِ الذِّكْرِ والاسمِ والتّمَلُّكُ بغيرِ عِوَضٍ أقوَى من التّمَلُّكِ بعِوَضٍ؛ لأنّ ما قابَلَه عِوَضٌ كان تَمَلُّكًا صورةً لا مَعْنًى وقد دَفَعَ الشّارِعُ كُلَّ حاجةٍ بما يُناسبُها فدَفَعَ حاجةَ استيفاءِ (٢) المُهْجةِ بالتّمَلُّكِ بغيرِ بَدَلٍ وحاجةَ استيفاءِ (٣) الذِّكْرِ بالتّمَلُّكِ ببَدَلٍ رِعايةً للجانِبَيْنِ جانِبِ الابنِ وجانِبِ الأبِ وتَصْديقُ الابنِ ليس بشرطٍ فسَواءٌ صَدَّقَه الابنُ في الدَّعْوَى والإقرارِ أو كذَّبَه يَثْبُتُ النّسَبُ فرْقًا بين هذا وبين المولى إذا ادَّعَى [ولَدَ] (٤) أمةِ مُكاتَبِه أنّه لا يَثْبُتُ نَسَبُه منه إلاّ بتَصْديقِ المُكاتَبِ.

ووجه الفرْقِ ظاهرٌ لأنّه لا وِلايةَ للمولى على مالِ المُكاتَبِ فكان أجنَبيًّا عنه فوَقَعَتِ الحاجةُ إلى تَصْديقِه وللأبِ وِلايةٌ على مالِ ابنِه فلا يَحْتاجُ إلى تَصْديقِه لِصِحّةِ هذه الدَّعْوةِ لَكِنْ من شرطِ صِحّةِ هذه الدَّعْوةِ كونُ الجاريةِ في مِلْكِ الابنِ من وقتِ العُلوقِ إلى وقتِ الدَّعْوةِ حتى لو اشتراها الابنُ فجاءَتْ بوَلَدٍ لأقَلَّ من سِتّةِ أشهُرٍ فادَّعاه الأبُ لا تَصِحُّ دَعْوَتُه لانعِدامِ المِلْكِ وقتَ العُلوقِ وكذا لو باعها فجاءَتْ بوَلَدٍ في يَدِ المُشتري لأقَلَّ من سِتّةِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «استبقاء».
(٣) في المخطوط: «استبقاء».
(٤) ليست في المخطوط.

أشهُرٍ فادَّعاه الأبُ لم تَصِحَّ لانعِدامِ المِلْكِ وقتَ الدَّعْوةِ وكذا لو كان العُلوقُ في مِلْكِه ووَلَدَتْ في مِلْكِه وخَرَجَتْ عن مِلْكِه فيما بينهما لانقِطاعِ المِلْكِ فيما بينهما ثم إنّما كان قيامُ المِلْكِ لِلابنِ في الجاريةِ من وقتِ العُلوقِ إلى وقتِ الدَّعْوةِ شرطًا لِصِحّةِ هذِه الدَّعْوةِ؛ لأنّ المِلْكَ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا إلى زَمانِ العُلوقِ ولا يَثْبُتُ المِلْكُ إلاّ بالتّمَلُّكِ ولا تَمَلُّكَ إلاّ بوِلايةِ التّمَلُّكِ؛ لأنّ تَمَلُّكَ مالِ الإنسانِ عليه كُرْهًا وتَنْفيذَ التَصَرُّفِ عليه جَبْرًا لا يكونُ إلاّ بالوِلايةِ فلا بُدَّ من قيامِ الوِلايةِ فإذا لم تَكُنِ الجاريةُ في مِلْكِه من وقتِ العُلوقِ إلى وقتِ الدَّعْوةِ لم تَتِمَّ [1] الوِلايةُ فلا يَسْتَنِدُ المِلْكُ وكذلك الأبُ لو كان كافِرًا أو عبدًا فادَّعَى لا تَصِحُّ دَعْوَتُه؛ لأنّ الكُفْرَ والرِّقَّ يَنْفيانِ الوِلايةَ.

ولو كان كافِرًا فأسْلَمَ أو عبدًا فأُعْتِقَ فادَّعَى نُظِرَ في ذلك إنْ ولَدَتْ بعدَ الإسلامِ [أو الإعتاقِ] [2] لأقَلَّ من سِتّةِ أشهُرٍ لم تَصِحَّ دَعْوَته لانعِدامِ وِلايةِ التّمَلُّكِ وقتَ العُلوقِ وإنْ ولَدَتْ لِسِتّةِ [أشهر] [3] فصاعِدًا صَحَّتْ دَعْوَتُه ويَثْبُتُ النّسَبُ لِقيامِ الوِلايةِ.

ولو كان مَعْتوهًا فأفاقَ صَحَّتْ دَعْوَتُه استحسانًا والقياسُ أنْ لا تَصِحَّ؛ لأنّ الجُنونَ مُنافٍ للوِلايةِ بمنزِلةِ الكُفْرِ والرِّقِّ.

وجه الاستحسانِ أنّ الجُنونَ أمرٌ عارِضٌ كالإغماءِ وكُلُّ عارِضٍ على أصلٍ إذا زالَ يُلْتَحَقُ بالعَدَمِ من الأصلِ [ويجعل] [4] كأنّه لم يَكُنْ كما لو أُغْميَ عليه ثم أفاقَ ولو كان مُرْتَدًّا فادَّعَى ولَدَ جاريةِ ابنِه فدَعْوَتُه موقوفةٌ عند أبي حنيفةَ لِتَوَقُّفِ وِلايَتِه وعندَهما [5] صَحيحةٌ لِنَفاذِ وِلايَتِه بناءً على أنّ تَصَرُّفاتِ المُرْتَدِّ موقوفةٌ عندَه وعندَهما نافِذةٌ وإذا ثَبَتَ [نسب] [6] الولَدِ من الأبِ فنَقولُ صارَتِ الجاريةُ أُمَّ ولَدٍ [له] [7] ولا عُقْرَ عليه عند أصحابِنا الثّلاثةِ رَحِمَهم الله تعالى وعند زُفَرَ والشّافعيِّ رحمهما الله يجبُ عليه العُقْرُ.

وجه قولِهما أنّ المِلْكَ ثَبَتَ [8] شرطًا لِصِحّةِ الاستيلادِ والاستيلادُ إيلاجُ مَنْزِلٍ مُعَلَّقٍ فكان الفعلُ قبلَ الإنْزالِ خاليًا عن المِلْكِ فيوجِبُ العُقْرَ ولِهذا يوجِبُ نصفَ العُقْرِ في

---

(١) في المخطوط: «تستمر».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) في المخطوط: «يثبت».

الجاريةِ المُشترَكةِ بين الأجنبيَّيْنِ إذا جاءَتْ بوَلَدٍ فادَّعاه أحدُهما؛ لأنّ الوطْءَ في نَصيبِ شريكِه حَصَلَ في غيرِ المِلْكِ فيوجِبُ (١) نصفَ العُقْرِ.

ولَنا أنّ الإيلاجَ المُنْزِلَ المُعَلَّقَ من أوّلِه إلى آخِرِه إيلاجٌ واحدٌ فكان من أوّلِه إلى آخِرِه استيلادًا فلا بُدَّ وأنْ يَتَقَدَّمَه المِلْكُ أو يُقارِنَه على (٢) جاريةٍ مملوكةٍ لِنفسِه فلا عُقْرَ [عليه] (٣) بخلافِ الجاريةِ المُشترَكةِ؛ لأنّ ثَمَّةَ (٤) لم يَكُنْ [الملك] (٥) نصيب الشَّريكِ شرطًا لِصِحّةِ الاستيلادِ وثَباتُ النّسَبِ؛ لأنّ نصفَ الجاريةِ مِلْكُه وقيامُ أصلِ المِلْكِ يَكْفي لِذلك وإنّما يَثْبُتُ حُكْمًا لِلثّابتِ [٤/ ١٧٨أ] في نَصيبه قَضيّةً لِلنّسَبِ ضرورةَ أنّه لا يَتجزَّأُ وحُكْمُ الشّيءِ لا يَسْبِقُه بل يَتَعَقَّبُه فوَطْءُ المُدَّعي صادَفَ نَصيبَه ونَصيبَ شريكِه ولا مِلْكَ له في نَصيبِ شريكِه والوطْءُ في غيرِ المِلْكِ يوجِبُ الحدَّ إلاّ أنّه (٦) سَقَطَ لِلشُّبْهةِ فوَجَبَ العُقْرُ وهنا التّمَلُّكُ ثَبَتَ شرطًا لِثُبوتِ النّسَبِ وصِحّةِ الاستيلادِ وشرطُ الشّيءِ يكونُ سابقًا عليه أو مُقارِنًا له فالوطْءُ صادَفَ مِلْكَ نفسِه فلا يوجِبُ العُقْرَ ولا يَضْمَنُ قيمةَ الولَدِ أيضًا؛ لأنّه عَلِقَ حُرًّا وإنْ كانت الجاريةُ مملوكةً [له و] (٧) لا ولاءَ عليه؛ لأنّ ذلك حُكْمُ الإعتاقِ فيَسْتَدْعي تَقَدُّمَ الرِّقِّ ولم يوجَدْ ودَعْوةُ الجدِّ أبي الأبِ ولَدَ جاريةِ ابنِ الابنِ بمنزلةِ دَعْوةِ الأبِ عند انعِدامِه أو عند انعِدامِ وِلايَتِه.

(فأمّا) عند قيامِ وِلايَتِه فلا حتى لو كان الجدُّ نَصْرانيًّا وحافِدُه مثلُه والأبُ مسلمٌ لم تَصِحَّ دَعْوةُ الجدِّ لِقيامِ وِلايةِ الأبِ.

وإنْ كان الأبُ مَيِّتًا أو كان كافِرًا أو عبدًا تَصِحُّ دَعْوةُ الجدِّ لانقِطاعِ وِلايةِ الأبِ وكذا إذا كان الأبُ مَعْتوهًا من وقتِ العُلوقِ إلى وقتِ الدَّعْوةِ صَحَّتْ دَعْوةُ الجدِّ لِما قُلْنا فإنْ أفاقَ ثم ادَّعَى الجدُّ لم تَصِحَّ دَعْوَتُه؛ لأنّه لَمّا أفاقَ فقد التَحَقَ العارِضُ بالعَدَمِ من الأصلِ فعادَتْ وِلايةُ الأبِ فسَقَطَتْ وِلايةُ الجدِّ.

ولو كان الأبُ مُرْتَدًّا فدَعْوةُ الجدِّ موقوفةٌ عند أبي حنيفةَ رحمه الله فإنْ (٨) قُتِلَ على الرِّدّةِ أو مات صَحَّتْ دَعْوةُ الجدِّ وإنْ أسْلَمَ لم تَصِحَّ لِتَوَقُّفِ وِلايَتِه عندَه كتَوَقُّفِ تَصرُّفاتِه

---

(١) في المخطوط: «فأوجب».
(٢) في المخطوط: «ومن وطئ».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «هناك».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «أن الحدَّ».
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) في المخطوط: «إن».

وعندَهما [(١)] لا تَصِحُّ دَعْوةُ الجدِّ؛ لأنّ تَصرُّفاتِه عندَهما نافِذةٌ فكانت وِلايَتُه قائمةً.

هذا إذا وطِئَ الأبُ جاريةَ الابنِ من غيرِ نِكاحٍ (فأمّا) إذا وطِئَها بالنّكاح ثَبَتَ [(٢)] النّسَبُ من غيرِ دَعْوةٍ سَواءٌ وطِئَها بنِكاحٍ صَحيحٍ أو فاسدٍ؛ لأنّ النّكاحَ يوجِبُ الفِراشَ بنفسِه صَحيحًا كان أو فاسدًا ولا يَتَملَّكُ الجاريةَ؛ لأنّه وطِئَها على مِلْكِ الابنِ بعقدِ النّكاح وعند الشّافعيِّ رحمه الله لا يجوزُ هذا النّكاحُ وهي من مسائل كِتابِ النّكاح ويُعْتَقُ الولَدُ على أخيه بالقَرابةِ؛ لأنّ النّسَبَ إنّما يَثْبُتُ بعقدِ النّكاح لا بمِلْكِ اليَمينِ فبَقيَتِ الجاريةُ على مِلْكِ الابنِ وقد مَلك [الابنُ] [(٣)] أخاه فيُعْتَقُ عليه فإنْ مَلك الأبُ الجاريةَ بوجهٍ من الوُجوه صارَتْ أُمَّ ولَدٍ له لِوُجودِ سببِ أُموميّةِ الولَدِ وهو ثَباتُ النّسَبِ إلاّ أنّه تَوَقَّفَ حُكْمُه على وُجودِ المِلْكِ فإذا مَلكها صارَتْ أُمَّ ولَدٍ له.

هذا كُلُّه إذا ادَّعَى الأبُ ولَدَ جاريةِ ابنِه فأمّا إذا ادَّعَى ولَدَ أُمِّ ولَدِه أو مُدَبَّرَتِه بأنْ جاءَتْ بوَلَدٍ فنَفاه الابنُ حتى انتفَى نَسَبُه منه ثم ادَّعاه الأبُ لم يَثْبُتْ نَسَبُه منه في ظاهرِ الرِّوايةِ وعليه نصفُ العُقْرِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ رحمه الله أنّه فرَّقَ بين ولَدِ أُمِّ الولَدِ وبين ولَدِ المُدَبَّرةِ فقال لا يَثْبُتُ نَسَبُ ولَدِ أُمِّ الولَدِ ويَثْبُتُ نَسَبُ ولَدِ المُدَبَّرةِ من الأبِ وعليه قيمةُ الولَدِ والعُقْرِ والولاءِ لِلابنِ.

(وجه) هذِه الرِّوايةِ أنّ إثْباتَ [(٤)] النّسَبِ لا يَقِفُ على مِلْكِ الجاريةِ لا مَحالةَ فإنْ نَسَبَ (ولَدًا لأمةِ) [(٥)] المَنكوحةِ يَثْبُتُ من الزَّوْجِ والأمةُ مِلْكُ المولَى.

(وأمّا) القيمةُ؛ فلأنّه ولَدٌ ثابتُ النّسَبِ عَلِقَ حُرًّا فأشبَهَ ولَدَ المَغْرورِ فيكونُ حُرًّا بالقيمةِ والولاءُ [(٦)] لِلابنِ؛ لأنّه استَحَقَّه بالتّدْبيرِ وأنّه لا يحتملُ الفسخَ بعدَ الاستحقاقِ بخلافِ ولَدِ أُمِّ الولَدِ؛ لأنّ أُمَّ الولَدِ فِراشٌ لِمولاها فكان الولَدُ مولودًا على فِراشِ الابنِ والمولودُ على فِراشِ إنسانٍ لا يَثْبُتُ نَسَبُه من غيرِه وإنِ انتَفَى عنه بالنّفْيِ كما في اللِّعانِ والصّحيحُ جوابُ

---

(١) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».
(٢) في المخطوط: «يثبت».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «ثبات».
(٥) في المخطوط: «الأمة».
(٦) في المخطوط: «الولد».

ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأنّ النّسَبَ لا يَثْبُتُ إلاّ بالمِلْكِ وأُمُّ الولَدِ والمُدَبَّرةُ لا يحتملانِ التَمَلُّكَ ويَضْمَنُ العُقْرَ؛ لأنّه إذا لم يَتَمَلَّكْها فقد حَصَلَ الوطْءُ في غيرِ المِلْكِ وقد سَقَطَ الحدُّ لِلشُّبْهةِ فيجبُ العُقْرُ.

هذا إذا لم يُصَدِّقْه الابنُ في الدَّعْوَى بعدَما نَفاه فإنْ صَدَّقَه ثَبَتَ [1] النّسَبُ بالإجماعِ؛ لأنّ نَسَبَ ولَدِ جاريةِ الأجنبيِّ يَثْبُتُ من المُدَّعي بتَصْديقِه في النّسَبِ فنَسَبُ ولَدِ جاريةِ الابنِ أولى ويُعْتَقُ على الابنِ؛ لأنّ أخاه مَلَكه ووَلاؤُه له؛ لأنّ الولاءَ لِمَنْ أعتَقَ ولو ادَّعَى ولَدَ مُكاتَبةِ ابنِه لم يَثْبُتْ نَسَبُه منه؛ لأنّ النّسَبَ لا يَثْبُتُ بدونِ المِلْكِ والمُكاتَبةُ لا تحتملُ التّمَلُّكَ فلا تَصِحُّ دَعْوَتُه إلاّ إذا عَجَزَتْ فتَنْفُذُ دَعْوَتُه؛ لأنّها إذا عَجَزَتْ فقد عادَتْ قِنًّا وجُعِلَ المُعارِضُ كالعَدَمِ من الأصلِ فصارَ كما لو ادَّعَى قبلَ الكِتابةِ واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

فَصْلٌ [في بيان ما يظهر به النسب]

وأمّا بيانُ ما يَظْهَرُ به النّسَبُ:

فالنّسَبُ يَظْهَرُ بالدَّعْوةِ [2] مَرّةً وبالبَيِّنةِ أُخرى أمّا ظُهورُ النّسَبِ بالدَّعْوةِ [3] فيَسْتَدْعي شَرائطَ صِحّةِ الدَّعْوةِ [4] والإقرارِ بالنّسَبِ وسَنَذْكُرُه في كِتابِ الإقرارِ إلاّ أنّه قد يَظْهَرُ بنفسِ الدَّعْوةِ وقد لا يَظْهَرُ إلاّ بشريطةِ التّصْديقِ فنَقولُ:

جُمْلةُ الكَلامِ فيه أنّ المُدَّعَى نَسَبُه [5] إمّا أنْ يكونَ في يَدِ نفسِه وإمّا أنْ لا يكونَ.

فإنْ كان في يَدِ نفسِه لا يَثْبُتُ نَسَبُه من المُدَّعي إلاّ إذا صَدَّقَه؛ لأنّه كان في يَدِ نفسِه فإقرارُه يَتَضَمَّنُ إبطالَ يَدِه فلا تَبْطُلُ إلاّ برِضاه وإنْ لم يَكُنْ في يَدِ نفسِه فإمّا أنْ يكونَ مملوكًا وإمّا أنْ لم يَكُنْ فإنْ كان مملوكًا يَثْبُتُ نَسَبُه بنفسِ الدَّعْوةِ إذا كان في مِلْكِ المُدَّعي وقتَ الدَّعْوةِ وإنْ كان في مِلْكِ غيرِه عند الدَّعْوةِ فإنْ كان عُلوقُه في مِلْكِ المُدَّعي ثَبَتَ [6] نَسَبُه بنفسِ الدَّعْوةِ أيضًا وإنْ لم يَكُنْ عُلوقُه في مِلْكِه لا يَثْبُتُ نَسَبُه إلاّ بتَصْديقِ المالِكِ على

(١) في المخطوط: «يثبت».
(٢) في المخطوط: «بالدعوى».
(٣) في المخطوط: «بالدعوى».
(٤) في المخطوط: «الدعوى».
(٥) زاد في المخطوط: «لا يخلو».
(٦) في المخطوط: «يثبت».

ما ذَكَرنا وإنْ لم يَكُنْ مملوكًا فإمّا إنْ لم يَكُنْ في يَدِ أحدٍ لا في يَدِ غيرِه ولا في يَدِ نفسِه كالصّبيِّ المَنْبوذِ وإمّا إنْ كان في يَدِ أحدٍ كاللَّقيطِ فإنْ لم يَكُنْ في يَدِ أحدٍ ثَبَتَ [١] نَسَبُه بنفسِ الدَّعْوةِ استحسانًا والقياسُ أنْ لا يَثْبُتَ.

-(وجه) **القياس**: أنّه ادَّعَى أمرًا جائزَ الوُجودِ والعَدَمِ فلا بُدَّ (لِتَرْجيحِ أحدِ الجانِبَيْنِ) [٢] من مُرَجِّحٍ ولم يوجَدْ فلم [٣] تَصِحَّ الدَّعْوةُ.

-(وجه) **الاستحسانِ**: أنّه عاقِلٌ أخْبَرَ بما هو مُحْتَمَلُ الثُّبوتِ وكُلُّ عاقِلٍ أخْبَرَ بما يحتملُ الثُّبوتَ يجبُ تَصْديقُه تَحْسينًا لِلظَّنِّ به وهو الأصلُ إلاّ إذا كان في تَصْديقِه ضررٌ بالغيرِ وهنا في التّصْديقِ نَظَرٌ من الجانِبَيْنِ جانِبِ اللَّقيطِ بالوُصولِ إلى شَرَفِ النّسَبِ والحضانةِ والتّرْبيةِ وجانِبِ المُدَّعي بوَلَدٍ يَسْتَعينُ به على مَصالِحِه الدّينيّةِ والدُّنْيَويّةِ وتَصْديقُ العاقِلِ في دَعْوَى ما يَنْتَفِعُ به ولا يَتَضرَّرُ غيرُه به واجبٌ ولو ادَّعاه رجلانِ ثَبَتَ نَسَبُه منهما عندَنا [٤] وعند الشّافعيِّ رحمه الله لا يَثْبُتُ إلاّ من أحدِهما ويَتَعَيَّنُ بقبولِ [٥] القافةِ على ما ذَكَرنا [٦].

ولو ادَّعاه أكثرُ من رجلينِ فعندَ أبي حنيفةَ رحمه الله يَثْبُتُ نَسَبُه من خمسةٍ وعند أبي يوسفَ رحمه الله من اثنيْنِ وعند محمّدٍ رحمه الله من ثلاثةٍ وقد مَرَّتِ المسألةُ.

ولو ادَّعَتْه امرأتانِ صَحَّتْ دَعْوَتُهما عند أبي حنيفةَ وعندَهما لا تَصِحُّ وسَنَذْكُرُ الحُجَجَ من بعدُ إنْ شاء الله تعالى.

هذا إذا لم يَكُنْ في يَدِ أحدٍ فإنْ كان وهو اللَّقيطُ ثَبَتَ [٧] نَسَبُه من المُلْتَقِطِ بنفسِ الدَّعْوةِ استحسانًا والقياسُ أنْ لا يَثْبُتَ إلاّ بالبَيِّنةِ وقد ذَكَرنا (وجهَهما فيما تَقَدَّمَ) [٨] وكذا من الخارِجِ صَدَّقَه المُلْتَقِطُ في ذلك أو لا [٩] استحسانًا والقياسُ أنْ لا يَثْبُتَ إذا كذَّبَه.

---

(١) في المخطوط: «يثبت».
(٢) في المخطوط: «من ترجيح أحد الجائزين».
(٣) في المخطوط: «فلا».
(٤) انظر في مذهب الحنفية: الوسيط في المذهب (٧/ ٤٥٥).
(٥) في المخطوط: «بقول».
(٦) مذهب الشافعية: أن إثبات النسب من أبوين غير ممكن فلذلك لزم العرض على القائف، انظر: الوسيط في المذهب (٧/ ٤٥٥).
(٧) في المخطوط: «يثبت».
(٨) في المخطوط: «القياس والاستحسان فيما قبل».
(٩) في المخطوط: «كذبه».

(وجه) القياس أنّ هذا إقرارٌ تَضَمَّنَ إبطالَ يَدِ المُلْتَقِطِ ؛ لأنّ يَدَه عليه ثابِتةٌ حَقيقةً وشرعًا حتى لو أرادَ غيرُه أنْ يَنْزِعَه من يَدِه جَبْرًا لِيَحْفَظَه ليس له ذلك والإقرارُ إذا تَضَمَّنَ إبطالَ حق الغيرِ لا يَصِحُّ .

وجه الاستحسانِ: أنّ يَدَ المُدَّعي أنْفَعُ لِلصَّبيِّ من يَدِ المُلْتَقِطِ ؛ لأنّه يقومُ بحَضانَتِه وتَرْبِيَتِه ويَتَشَرَّفُ بالنَّسَبِ فكان المُدَّعي به أولى وسَواءٌ كان المُدَّعي مسلمًا أو ذِمِّيًّا استحسانًا والقياسُ أنْ لا تَصِحَّ دَعْوةُ الذِّمّيِّ .

(ووجهُه) أنّا لو صَحَّحْنا دَعْوَتَه وأثبَتنا نَسَبَ الولَدِ منه لَلَزِمَنا استِتْباعُه في دينِه وهذا يَضُرُّ فلا تَصِحُّ دَعْوَتُه .

وجه الاستحسانِ: أنّه ادَّعَى أمرَيْنِ يَنْفَصِلُ أحدُهما عن الآخرِ في الجُمْلةِ وهو النَّسَبُ والتَّبَعيّةُ في الدّينِ إذْ ليس من ضرورةِ كونِ الولَدِ منه أنْ [١] يكونَ على دينِه .

ألا ترَى أنّه لو أسْلَمَتْ أمُّه يُحْكَمُ بإسلامِه وإنْ كان أبوه كافِرًا فيُصَدَّقُ فيما يَنْفَعُه ولا يُصَدَّقُ فيما يَضُرُّه ويكونُ مسلمًا .

وذَكَرَ في النّوادِرِ أنّ مَنِ التَقَطَ لَقيطًا فادَّعاه نَصْرانيٌّ فهو ابنُه ، ثم إنْ كان عليه زيُّ المسلمينَ فهو مسلمٌ ، وإنْ كان عليه زيُّ الشِّرْكِ بأنْ يكونَ في رَقَبَتِه صَليبٌ ونحوُ ذلك فهو على دينِ النّصارَى .

هذا إذا أقَرَّ الذِّمّيُّ أنّه ابنُه ، فإنْ أقامَ البَيِّنةَ على ذلك فإنْ كان الشُّهودُ من أهلِ الذِّمّةِ لا تُقْبَلُ شهادَتُهم في استِتْباعِ الولَدِ في دينِه ؛ لأنّ هذِه شهادةٌ تَضَمَّنَتْ إبطالَ يَدِ المسلم وهو المُلْتَقِطُ فكانت شهادةً على المسلمِ فلا تُقْبَلُ وإنْ كانوا من المسلمينَ تُقْبَلُ ويكونُ الولَدُ على دينِه فرْقًا بين الإقرارِ وبين البَيِّنةِ [٤/ ٧٨ب] وذلك أنّه مُتَّهَمٌ في إقرارِه ولا تُهْمةَ في الشَّهادةِ وسَواءٌ كان المُدَّعي حُرًّا أو عبدًا ؛ [لأنّه] [٢] ادَّعَى شيئَيْنِ أحدُهما يحتملُ الفصلَ على الآخرِ وهو النَّسَبُ والرِّقّ فيُصَدَّقُ فيما يَنْفَعُه ولا يُصَدَّقُ فيما يَضُرُّه .

ولو ادَّعاه الخارِجُ والمُلْتَقِطُ مَعًا فالمُلْتَقِطُ أولى لاستِوائهما في الدَّعْوةِ [٣] ونَفْعِ الصّبيِّ فتُرَجَّحُ [٤] باليَدِ فإنْ سَبَقَتْ دَعْوةُ المُلْتَقِطِ لا تسمَعُ دَعْوةُ الخارِجِ ؛ لأنّه ثَبَتَ نَسَبُه منه فلا

---

(١) في المخطوط : «أن لا» .
(٢) ليست في المخطوط .
(٣) في المخطوط : «الدعوى» .
(٤) في المخطوط : «فيترجح» .

يُتَصَوَّرُ ثُبوتُه من غيرِه بعدَ ذلك إلاّ أنْ يُقيمَ البيِّنةَ ؛ لأنّ الدَّعْوةَ لا تُعارِضُ البيِّنةَ .

ولو ادَّعاه خارِجانِ فإنْ كان أحدُهما مسلمًا والآخَر ذِمّيًّا فالمسلمُ أولى ؛ لأنّه يَتْبَعُه في الإسلامِ فكان أنْفَعَ لِلصَّبيِّ وكذا إذا ادَّعَته مسلمةٌ وذِمّيّةٌ فالمسلمةُ أولى ولو شَهِدَ لِلذِّمّيِّ مسلمانِ وللمسلمِ ذِمّيّانِ فهو للمسلمِ ؛ لأنّ الحُجَّتَيْنِ وإنْ تَعارَضَتا فإسلامُ المُدَّعي كافٍ لِلتَّرْجيحِ .

ولو كان أحدُهما حُرًّا والآخَرُ عبدًا فالحُرُّ أولى ؛ لأنّه أنْفَعُ لِلَّقيطِ وإنْ كانا حُرَّيْنِ مسلمَيْنِ فإنْ ذَكَرَ أحدُهما عَلامةً في بَدَنِ اللَّقيطِ ولم يَذْكُرِ الآخَرُ فوافَقَتْ دَعْوَتُه العَلامةَ فصاحِبُها [١] أولى لِرُجْحانِ دَعْواه بالعَلامةِ ؛ لأنّ الشّرعَ ورَدَ بالتّرْجيحِ بالعَلامةِ في الجُمْلةِ قال الله تبارك وتعالى في قِصّةِ سَيِّدِنا يوسفَ عليه أفضَلُ التّحيّةِ : ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٢٦ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٢٧ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾ [يوسف :٢٦-٢٨] جعل قَدَّ القَميصِ من خَلْفٍ دَليلَ مُراوَدَتِها إيّاه لِما أنّ ذلك عَلامةُ جَذْبِها [٢] إيّاه إلى نفسِها والقَدُّ من قُدّام عَلامةَ دَفْعِها إيّاه عن نفسِها .

وكذلك قال أصحابُنا في لُؤْلُئيٍّ ودَبّاغٍ في حانوتٍ واحدٍ هو في أيديهما فيه لُؤلُؤٌ وإهاب فتنازَعا (أنّه فيهما) [٣] يُقْضَى باللُّؤلُؤِ لِلُّؤلُئيِّ وبالإهابِ لِلدَّبّاغِ ؛ [لأنّ الظّاهرَ يَشْهَدُ باللُّؤلُؤِ لِلُّؤلُئيِّ وبالإهابِ لِلدَّبّاغِ] [٤] .

وكذلك قالوا في الزَّوْجَيْنِ اختَلَفا في مَتاعِ البيْتِ أنّ ما يكونُ لِلرِّجالِ يُجْعَلُ في يَدِ الزَّوْجِ وما يكونُ لِلنِّساءِ يُجْعَلُ في يَدِها ونحوُ ذلك من المَسائلِ بناءً على ظاهرِ الحالِ وغالِبِ الأمرِ كذا هذا .

فإنِ ادَّعَى أحدُهما عَلاماتٍ في هذا [٥] اللَّقيطِ فوافَقَ البعضَ وخالَفَ البعضَ ذَكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله أنّه يَثْبُتُ نَسَبُه منهما ؛ لأنه وقَعَ التّعارُضُ في العَلاماتِ فسَقَطَ التّرْجيحُ بها كأنْ [٦] سَكَتَ عن ذِكْرِ العَلامةِ رَأسًا وإنْ لم يَذْكُرْ أحدُهما عَلامةً أصلاً ولَكِنْ لأحدِهما

---

(١) في المخطوط : «فصاحب العلامة» .
(٢) في المخطوط : «جرها» .
(٣) في المخطوط : «فيهما أنه» .
(٤) ليست في المخطوط .
(٥) في المخطوط : «بدن» .
(٦) في المخطوط : «كأنه» .

بَيِّنةٌ فإنّه يُقْضَى له؛ لأنّ الدَّعْوةَ [(١)] لا تُعارِضُ البَيِّنةَ وإنْ لم يَكُنْ لأحدِهما بَيِّنةٌ ثَبتَ نَسَبُه منهما جميعًا وهذا عندَنا لاستِوائهما في الدَّعْوةِ.

وعند الشّافعيِّ رحمه الله لا يَثْبُتُ نَسَبُه إلاّ من أحدِهما ويَتَعَيَّنُ بقولِ القافةِ على ما ذَكَرنا [والكَلامُ مع الشّافعيِّ رحمه الله تَقَدَّمَ] [(٢)].

ولو كان المُدَّعي أكثرَ من رجلينِ فهو على الخلافِ [(٣)] الذي ذَكَرْناه في الجاريةِ المُشترَكةِ.

ولو قال أحدُ المُدَّعيَيْنِ: هو ابني وهو غُلامٌ فإذا هو جاريةٌ لم يُصَدَّقْ؛ لأنّه ظَهَرَ كذِبُه بيَقينٍ ولو قال أحدُهما هو ابني وقال الآخَرُ هو ابنَتي فإذا هو خُنْثَى يُحَكَّمُ مَبالُه فإنْ كان يَبولُ من مَبالِ الرِّجالِ فهو ابنُ مُدَّعي البنوّةِ وإنْ كان يَبولُ من مَبالِ النِّساءِ فهي ابنةُ مُدَّعي البِنْتيّةِ وإنْ كان يَبولُ منهما جميعًا يُعْتَبَرُ السَّبْقُ فإنِ استَوَيا في السَّبْقِ فهو مُشْكَلٌ عند أبي حنيفةَ وعندَهما تُعْتَبَرُ كثرةُ البَوْلِ فإنِ استَوَيا في ذلك فهو مُشْكِلٌ؛ لأنّ هذا حُكْمُ الخُنْثَى ويَنْبَغي أنْ يَثْبُتَ نَسَبُه منهما جميعًا.

ولو قال المُلْتَقِطُ: هو ابني من زَوْجَتي هذِه فصَدَّقَتْه فهو ابنُهما حُرّةً كانت الزوجة أو أمةً غيرَ أنّها إنْ كانت حُرّةً كان الابنُ حُرًّا بالإجماعِ وإنْ كانت أمةً كان مِلْكًا لِمولى الأمةِ عند أبي يوسفَ وعند محمّدٍ يكونُ حُرًّا.

وجه قولِ محمّدٍ: أنّ نَسَبَه وإنْ ثَبتَ من الأمةِ لَكِنْ في جَعْلِه تَبعا لها في الرِّقِّ مَضرّةٌ بالصّبيِّ وفي جَعْلِه حُرًّا مَنْفَعةٌ له فيَتْبَعُها فيما يَنْفَعُه ولا يَتْبَعُها فيما يَضُرُّه كالذِّمّيِّ إذا ادَّعَى نَسَبَ لَقيطٍ ثَبَتَ [(٤)] نَسَبُه منه لَكِنْ لا يَتْبَعُه (فيما يَضُرُّه وهو دينُه) [(٥)] لِما قُلْنا كذا هذا.

وجه قولِ أبي يوسفَ أنّ الأصلَ أنّ الولَدَ يَتْبَعُ الأُمَّ في الرِّقِّ والحُرّيّةِ فكان من ضرورةِ ثُبوتِ النّسَبِ منها أنْ يكونَ رَقيقًا والرِّقُّ وإنْ كان يَضُرُّه فهو ضررٌ يَلْحَقُه ضرورةَ غيرِه فلا يُعْتَبَرُ ولو ادَّعَتْه امرأةٌ أنّه ابنُها وهي حُرّةٌ أو أمةٌ ذَكَرَ في الأصلِ أنّها لا تُصَدَّقُ على ذلك حتى تُقيمَ البَيِّنةَ أنّها ولَدَتْه.

---

(١) في المخطوط: «الدعوى».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «الاختلاف».
(٤) في المخطوط: «يثبت».
(٥) في المخطوط: «في دينه».

وإنْ أقامَتِ امرأةً واحدةً على الولادةِ قُبِلَتْ [٤/ ٧٩ب] إذا كانت حُرّةً عَدْلةً أطْلَقَ الجوابَ في الأصلِ ولم يَفْصِلْ بين ما إذا كان لها زَوْجٌ أم لا منهم مَنْ حَمَلَ هذا الجوابَ على ما إذا كان لها زَوْجٌ؛ لأنّه إذا كان لها زَوْجٌ كان في تَصْحيحِ دَعْوَتِها حَمْلُ [(١)] النّسَبِ على الغيرِ فلا تَصِحُّ إلاّ بالبَيِّنةِ أو بتَصْديقِ الزَّوْجِ فأمّا إذا لم يَكُنْ لها زَوْجٌ فلا يَتَحقَّقُ معنى التّحْميلِ فيَصِحُّ من غيرِ بَيِّنةٍ.

[ومنهم مَنْ حَقَّقَ جوابَ الكِتابِ وأجرَى رِوايةَ الأصلِ على إطْلاقِها وفرَّقَ بين الرّجلِ والمَرْأةِ فقال يَثْبُتُ نَسَبُه من الرّجلِ بنفسِ الدَّعْوةِ ولا يَثْبُتُ نَسَبُه منها إلاّ ببَيِّنةٍ] [(٢)].

ووجه الفرْقِ أنّ النّسَبَ في جانِبِ الرِّجالِ يَثْبُتُ بالفِراشِ وفي جانِبِ النِّساءِ يَثْبُتُ بالوِلادةِ ولا تَثْبُتُ الوِلادةُ إلاّ بدَليلٍ وأدْنَى الدَّلائلِ عليها شهادةُ القابِلةِ ولو ادَّعَته امرأتانِ فهو ابنُهما عند أبي حنيفةَ وكذا إذا كُنّ خمسًا عندَه وعندَهما [(٣)] لا يَثْبُتُ نَسَبُ الولَدِ من المَرْأتَيْنِ أصلاً.

وجه قولِهما أنّ النّسَبَ في جانِبِ النِّساءِ يَثْبُتُ بالوِلادةِ ووِلادةُ ولَدٍ واحدٍ من امرأتَيْنِ لا يُتَصوّرُ فلا يُتَصوّرُ ثُبوتُ النّسَبِ منهما بخلافِ الرِّجالِ؛ لأنّ النّسَبَ في جانِبِهم يَثْبُتُ بالفِراشِ.

ولأبي حنيفةَ أنّ سببَ ظُهورِ النّسَبِ هو الدَّعْوةُ وقد وُجِدَتْ من كُلِّ واحدةٍ منهما وما قالا إنّ الحُكْمَ في جانِبِهنّ مُتَعلِّقٌ بالوِلادةِ فنَعَمْ لَكِنْ في موضِعٍ أمكَنَ وهنا لا يُمْكِنُ فتَعلَّقَ بالدَّعْوةِ وقد ادَّعَياه جميعًا فيَثْبُتُ نَسَبُه منهما وعلى هذا لو ادَّعاه رجلٌ وامرأتانِ يَثْبُتُ نَسَبُه من الكُلِّ عندَه [(٤)] وعندَهما يَثْبُتُ من الرّجلِ لا غيرُ ولو ادَّعاه رجلانِ وامرأتانِ كُلُّ رجلٍ [(٥)] يَدَّعي أنّه ابنُه من هذِه المَرْأةِ والمَرْأةُ صَدَّقَتْه فهو ابن الرّجلينِ والمَرْأتَيْنِ عند أبي حنيفةَ وعندَهما ابنُ الرّجلينِ لا غيرَ.

وأمّا ظُهورُ النّسَبِ بالبَيِّنةِ فنَقولُ وباللّه التّوْفيقُ البَيِّنةُ يَظْهَرُ بها النّسَبُ مرّةً ويَتَأكَّدُ ظُهورُه أُخرى فكُلُّ نَسَبٍ يجوزُ ثُبوتُه من المُدَّعي إذا لم يحتملِ الظُّهورَ بالدَّعْوةِ أصلاً لا بنفسِها

---

(١) في المخطوط: «تحمل».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».
(٤) في المخطوط: «عند أبي حنيفة».
(٥) في المخطوط: «واحد».

ولا بقَرينةِ التّصْديقِ بأنْ كان فيه حَمْلُ النّسَبِ على الغيرِ ونحوُ ذلك يَظْهَرُ بالبَيِّنةِ وكذا ما احتَمَلَ الظُّهورَ بالدَّعْوةِ لَكِنْ بقَرينةِ التّصْديقِ إذا انعَدَمَ التّصْديقُ وظَهَرَ [١] أيضًا بالبيِّنةِ وكُلُّ نَسَبٍ يحتملُ الظُّهورَ بنفسِ الدَّعْوةِ يَتَأكَّدُ ظُهورُه بالبَيِّنةِ كما إذا ادَّعَى اللَّقيطَ رجلٌ - المُلْتَقِطُ أو غيرُه - وثَبَتَ نَسَبُه من المُدَّعي ثم ادَّعاه رجلٌ آخَرُ وأقامَ البيِّنةَ يُقْضَى له؛ لأنّ النّسَبَ وإنْ ظَهَرَ بنفسِ الدَّعْوةِ لَكِنّه غيرُ مُؤكَّدٍ فاحتَمَلَ البطْلانَ بالبَيِّنةِ.

وكذا لو ادَّعاه رجلانِ مَعًا ثم أقامَ أحدُهما البَيِّنةَ فصاحبُ البَيِّنةِ أولى لِما قُلْنا وإذا تَعارَضَتِ البيِّنَتانِ في النّسَبِ فالأصلُ فيه ما ذَكَرنا في تَعارُضِ البَيِّنَتَيْنِ على المِلْكِ أنّه إنْ أمكَنَ تَرْجيحُ إحداهما على الأُخرى يُعْمَلُ بالرّاجحِ وإنْ تَعذَّرَ التّرْجيحُ يُعْمَلُ بهما إلاّ أنّ هناك إذا تَعذَّرَ التّرْجيحُ يُعْمَلُ بكُلِّ واحدةٍ [٢] منهما من وجهٍ بقدرِ الإمكانِ وهنا يُعْمَلُ بكُلِّ واحدةٍ [٣] منهما من كُلِّ وجهٍ ويَثْبُتُ النّسَبُ من كُلِّ واحدٍ من المُدَّعيَيْنِ لإمكانِ (إثباتِ النّسَبِ لِوَلَدٍ واحدٍ) [٤] من اثنيْنِ على الكَمالِ واستِحالةُ كونِ الشّيءِ الواحدِ مملوكًا لاثنيْنِ على الكَمالِ في زَمانٍ واحدٍ.

[إذا عرَفْنا هذا فنَقولُ] [٥]: جُمْلةُ الكَلامِ فيه أنّ تَعارُضَ البَيِّنَتَيْنِ إمّا أنْ يكونَ بين الخارجِ وبين ذي اليَدِ وإمّا أنْ يكونَ بين الخارِجَيْنِ وبين ذي اليَدِ فإنْ كان بين الخارجِ و[بين] [٦] ذي اليَدِ فبَيِّنةُ ذي اليَدِ أولى؛ [لأنّهما استوَيا في البَيِّنةِ فيُرَجَّحُ صاحبُ اليَدِ باليَدِ وإنْ كان بين الخارِجَيْنِ وبين ذي اليَدِ] [٧] فإنْ أمكَنَ تَرْجيحُ أحدِهما بوجهٍ من الوُجوه من الإسلامِ والحُرّيّةِ والعَلامةِ واليَدِ وقوّةِ الفِراشِ وغيرِ ذلك من أسْبابِ التّرْجيحِ يُعْمَلُ بالرّاجحِ وإنِ استَوَيا يُعْمَلُ بهما ويَثْبُتُ النّسَبُ منهما وعلى هذا إذا ادَّعَى أحدُهما أنّ اللَّقيطَ ابنُه وادَّعَى الآخَرُ أنّه عبدُه يُقْضَى لِلَّذي ادَّعَى أنّه ابنُه؛ لأنّه يَدَّعي الحُرّيّةَ والآخَرُ يَدَّعي الرِّقَّ فبَيِّنةُ الحُرّيّةِ أقوَى.

وكذلك لو أقامَ أحدُهما البيِّنةَ أنّه ابنُه من هذِه الحُرّةِ وأقامَ الآخَرُ البيِّنةَ أنّه ابنُه من هذِه الأمةِ فهو ابنُ الحُرِّ والحُرّةِ لِما قُلْنا.

---

(١) في المخطوط: «يظهر».
(٢) في المخطوط: «واحد».
(٣) في المخطوط: «واحد».
(٤) في المخطوط: «ثبوت نسب واحد».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) ليست في المخطوط.

ولو أقامَ كُلُّ واحدٍ منهما البَيِّنةَ أنّه ابنُه من امرأةٍ حُرّةٍ فهو ابنُ الرّجلينِ وابنُ المَرْأتَيْنِ على قياس قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله وعندَهما ابنُ الرّجلينِ لا غيرَ (لِما مَرَّ) (١).

ولو ادَّعاه رجلانِ ووُقِّتَتْ بَيِّنةُ كُلِّ واحدٍ منهما فإنِ استوَى الوقْتانِ ثَبتَ النّسبُ منهما لاستِواءِ البَيِّنَتَيْنِ ولو كان وقتُ إحداهما أسْبَقَ يُحَكَّمُ سِنّ الصّبيِّ فيُعْمَلُ عليه؛ لأنّه حُكْمُ عَدْلٍ فإنْ أشكَلَ سِنُّه فعلى قياس قولِ أبي حنيفةَ يُقْضَى لأسْبَقِهما وقتًا وعندَهما يُقْضَى لهما.

وجه قولِهما أنّه إذا أشكَلَ السِّنُّ [٤/ ١٨٠أ] سَقَطَ اعتِبارُ التّاريخِ أصلاً كأنّهما سَكَتا عنه ولأبي حنيفةَ رحمه الله أنّه إذا أشكَلَ السِّنُّ لم يَصْلُحْ حُكْمًا فبَقِيَ الحُكْمُ لِلتّاريخِ فيُرَجَّحُ الأسْبَقُ ولو ادَّعَى رجلٌ أنّ اللَّقيطَ ابنُه وأقامَ البَيِّنةَ وادَّعَتِ المَرْأةُ (٢) أنّه ابنُها وأقامَتِ البَيِّنةَ فهو بينهما لِعَدَمِ التّنافي بين (٣) ثُبوتِ نَسَبه منهما كما إذا ادَّعاه رجلانِ بل أولى.

وعلى هذا غُلامٌ قد احتَلَمَ ادَّعَى على رجلٍ وامرأةٍ (٤) أنّه ابنُهما وأقامَ البَيِّنةَ وادَّعَى رجلٌ آخَرُ وامرأتُه أنّ الغُلامَ ابنُهما وأقاما البَيِّنةَ ثَبتَ نَسَبُ الغُلامِ من الأبِ والأُمِّ الذي ادَّعاه الغُلامُ أنّه ابنُهما ويَبْطُلُ النّسبُ الذي أنْكَرَه الغُلامُ؛ لأنّ البَيِّنَتَيْنِ تعارَضَتا وتَرَجَّحَتْ بَيِّنةُ الغُلامِ بيَدِه إذْ هو في يَدِ نفسِه كالخارِجَيْنِ إذا أقاما البَيِّنةَ ولأحدِهما يَدٌ كان صاحبُ اليَدِ أولى كذا هنا (٥).

وكذلك لو كان الغُلامُ نَصْرانيًا فأقامَ بَيِّنةً من المسلمينَ على رجلٍ نَصْرانيٍّ وامرأةٍ نَصْرانيةٍ وادَّعاه مسلمٌ ومسلمةٌ فبَيِّنةُ الغُلامِ أولى ولا تَتَرَجَّحُ بَيِّنةُ المُدَّعي المسلمِ؛ لأنّه لا يَدَ له وإنْ كان مسلمًا وإنْ كان بَيِّنةُ الغُلامِ (من النّصارَى) (٦) يُقْضَى بالغُلامِ للمسلمِ والمسلمةِ؛ لأنّ شهادةَ الكافِرِ على المسلمِ غيرُ مقبولةٍ فالتَحَقَتْ بالعَدَمِ فبَقِيَ مُجَرَّدُ الدَّعْوةِ فلا تُعارِضُ البَيِّنةَ ويُجْبَرُ الغُلامُ على الإسلامِ.

غُلامٌ في يَدِ إنسانٍ ادَّعَى صاحبُ اليَدِ أنّه ابنُه ووَلَدَتْه أمَتُه هذِه في مِلْكِه وأقامَ البَيِّنةَ على

---

(١) في المخطوط: «وقد مرت المسألة».
(٢) في المخطوط: «امرأة».
(٣) في المخطوط: «في».
(٤) في المخطوط: «امرأته».
(٥) في المخطوط: «هذا».
(٦) في المخطوط: «نصراني».

ذلك وادَّعى خارجٌ أنّ الغُلامَ ابنُه ولَدَتْه الأمةُ في مِلْكِه وأقامَ البيِّنةَ فإنْ كان الغُلامُ صَغيرًا لا يَتَكلَّمُ يُقْضَى به لِصاحبِ اليَد لاستوائهما في البيِّنة فيُرَجَّحُ صاحبُ اليَدَ باليَدِ كما في النّكاح وإنْ كان كبيرًا يَتَكلَّمُ فقال أنا ابنُ الآخَرِ يُقْضَى بالأمةِ والغُلامِ للخارِجِ؛ لأنّ الغُلامَ إذا كان كبيرًا يَتَكلَّمُ في يَدِ نفسِه فالبَيِّنةُ التي يَدَّعيها الغُلامُ أولى.

وكذلك لو كان الغُلامُ ولَدَ حُرّةٍ وهما في يَدِ رجلٍ فأقامَ صاحبُ اليَدِ البيِّنةَ على أنّه وُلِدَ على فِراشِه والغُلامُ يَتَكلَّمُ ويَدَّعي ذلك وأقامَ الخارجُ البيِّنةَ على مِلْكِه [(١)] يُقْضَى بالمَرْأةِ وبالولَدِ لِلَّذي هما في يَدِه لِما قُلْنا وإنْ كان الذي في يَدِه من أهلِ الذّمّةِ والمَرْأةُ ذِمّيّةٌ وأقامَ شُهودًا مسلمينَ يُقْضَى بالمَرْأةِ والولَدِ لِلَّذي هما في يَدِه؛ لأنّ شهادةَ المسلمينَ حُجّةٌ مُطْلَقةٌ.

ولو أقامَ الخارجُ البيِّنةَ على أنّه تزوّجَها في وقتِ كذا وأقامَ الذي في يَدِه البيِّنةَ على وقتٍ دونَه يُقْضَى للخارجِ؛ لأنّه إذا ثَبَتَ سَبْقُ أحدِ النّكاحَيْنِ كان المُتأخِّرُ منهما فاسدًا فالبَيِّنةُ القائمةُ على النّكاحِ الصّحيحِ أقوَى فكانت أولى وعلى هذا غُلامٌ قد احتَلَمَ ادَّعى أنّه ابنُ فُلانٍ (ولَدَتْه أمَتُه فُلانةُ على فِراشِه) [(٢)] وذلك الرّجلُ يقولُ: هو عبدي ولَد [من] [(٣)] أمَتي التي زَوّجْتها عبدي فُلانًا فوَلَدَتْ هذا الغُلامَ منه والعبدُ حَيٌّ يَدَّعي ذلك فهو ابنُ العبدِ؛ لأنّه تَعارَضَ الفِراشانِ فِراشُ النّكاحِ وفِراشُ المِلْكِ وفِراشُ النّكاحِ أقوَى؛ لأنّه لا يَنْتَفي إلاّ باللِّعانِ وفِراشُ المِلْكِ يَنْتَفي بمُجَرَّدِ النّفْيِ فكان فِراشُ النّكاحِ أقوَى فكان أولى.

ولو ادَّعى الغُلامُ أنّه ابنُ العبدِ من هذِه الأمةِ فأقرَّ العبدُ بذلك وقامَتْ عليه البيِّنةُ وادَّعى المولى أنّه ابنُه فهو ابنُ العبدِ لِما قُلْنا ويُعْتَقُ؛ لأنّه ادَّعى نَسَبَه والإقرارُ بالنّسَبِ يَتَضَمَّنُ الإقرارَ بالحُرّيّةِ فإنْ لم يُعْمَلْ في النّسَبِ يُعْمَلُ في الحُرّيّةِ وكذلك لو مات الرّجلُ وتَرَكَ مالاً فأقامَ الغُلامُ البيِّنةَ أنّه ابنُ المَيّتِ من أمَتِه وأقامَ الآخَرُ البيِّنةَ أنّه عبدُه ولَدَتْه أمَتُه من زَوْجِها فُلانٍ والزَّوْجُ عبدُه أيضًا والعبدُ حَيٌّ يَدَّعي ذلك يُقْضَى له بالنّسَبِ؛ لأنّه يَدَّعي فِراشَ النّكاحِ وأنّه أقوَى فإنْ كان العبدُ مَيّتًا ثَبَتَ [(٤)] نَسَبُ الغُلامِ من الحُرِّ ووَرِثَ منه؛ لأنّ بَيِّنةَ

---

(١) في المخطوط: «مثله».

(٢) في المخطوط: «ولد على فراشه من أمته فلانة».

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) في المخطوط: «يثبت».

الغُلامِ خَلَتْ عن المُعارِضِ لانعِدامِ الدَّعْوةِ (١) من العبدِ فيجبُ العملُ بها واللّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

فصل [في صفة النسب الثابت]

وَأمّا صِفةُ النّسَب الثّابِتِ فالنّسَبُ في جانِبِ النِّساءِ إذا ثَبَتَ يَلْزَمُ حتى لا يحتملَ النّفْيَ أصلاً؛ لأنّه في جانِبِهنّ يَثْبُتُ بالوِلادةِ ولا (٢) مَرَدَّ لها.

(وأمّا) في جانِبِ الرِّجالِ فنوعانِ: نوعٌ: يحتملُ النّفْيَ. ونوعٌ: لا يحتملُه.

أمّا ما يحتملُ النّفْيَ: فنوعانِ [أيضًا] (٣) (نوعٌ) يَنْتَفي بنفسِ النّفْيِ من غيرِ لِعانٍ ونوعٌ لا يَنْتَفي بنفسِ النّفْيِ بل بواسطةِ اللِّعانِ.

(أمّا الذي) يَنْتَفي بنفسِ النّفْيِ فهو نَسَبُ ولَدِ أُمِّ الولَدِ؛ لأنّ فِراشَ أُمِّ الولَدِ ضَعيفٌ؛ لأنّه غيرُ لازِمٍ حتى احتَمَلَ [٤/ ٨٠ب] النّقْلَ إلى غيرِه بالتّزْويجِ فاحتَمَلَ الانتِفاءَ بنفسِ النّفْيِ من غيرِ الحاجةِ إلى اللِّعانِ.

(وأمّا) الذي لا يَنْتَفي بمُجَرَّدِ النّفْيِ فهو نَسَبُ ولَدِ زَوْجةٍ يجْري بينهما اللِّعانُ وهو أنْ يكونَ الزَّوْجانِ حُرَّيْنِ مسلمَيْنِ عاقِلينِ بالِغَيْنِ غيرَ مَحْدودَيْنِ في القَذْف على ما ذَكَرنا في كِتابِ اللِّعانِ (٤)؛ لأنّ فِراشَ النّكاح لازِمٌ لا يحتملُ النّقْلَ فكان قَويًا فلا يحتملُ الانتِفاءَ بنفسِ النّفْيِ ما لم يَنْضَمَّ إليه اللِّعانُ ولِهذا إذا كان العُلوقُ بنِكاحٍ فاسدٍ أو شُبْهةِ نِكاحٍ لا يَنْتَفي نَسَبُ الولَدِ بالنّفْيِ؛ لأنّ الانتِفاءَ بواسطةِ اللِّعانِ ولا لِعانَ في النّكاح الفاسدِ لانعِدامِ الزَّوْجيّةِ حَقيقةً (لِما عُلِمَ) (٥) في كِتابِ اللِّعانِ واللّه تعالى أعلمُ.

(وأمّا الذي) لا يحتملُ النّفْيَ فهو نَسَبُ ولَدِ زَوْجةٍ لا يجْري بينهما اللِّعانُ فإذا كان الزَّوْجانِ مِمَّنْ لا لِعانَ بينهما لا يَنْتَفي نَسَبُ الولَدِ بالنّفْيِ وكذا النّسَبُ بعدَ الإقرارِ به لا يحتملُ النّفْيَ؛ لأنّ النّفْيَ يكونُ إنكارًا بعدَ الإقرارِ فلا يُسْمَعُ إلاّ أنّ الإقرارَ [به] (٦) نوعانِ نَصٌّ ودَلالةٌ لِما ذَكَرنا في كِتابِ اللِّعانِ.

---

(١) في المخطوط: «الدعوى».
(٢) في المخطوط: «لأنه لا».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «الطلاق».
(٥) في المخطوط: «على ما عرف».
(٦) زيادة من المخطوط.

فصل [في حكم تعارض الدعوتين]

وَأمّا حُكْمُ تَعارُضِ الدَّعْوَتَيْنِ لا غيرُ أمّا حُكْمُه في النّسَبِ فقد مَرَّ ذِكْرُه في أثناءِ مَسائلِ النّسَبِ وأمّا حُكْمُه في المِلْكِ فالكَلامُ فيه في موضِعَيْنِ:

(أحدُهما) في حُكْمِ تَعارُضِ الدَّعْوَتَيْنِ في أصلِ المِلْكِ (والثّاني) في (قدرِ المِلْكِ) [١].

أما الأوّل: فسَبيلُ تَعارُضِ الدَّعْوَتَيْنِ في (أصلِ المِلْكِ) [٢] ما هو سَبيلُ تَعارُضِ البَيِّنَتَيْنِ فيه من طَلَبِ التّرْجيح والعملِ بالرّاجحِ عند الإمكانِ وعند تَعَذُّرِ العملِ بهما بقدرِ الإمكانِ تَصْحيحًا لِلدَّعْوَتَيْنِ [٣] بالقدرِ المُمْكِنِ.

وبيانُ ذلك في مَسائلَ رجلانِ ادَّعَيا دابّةً أحدُهما راكِبُها [٤] والآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بلِجامِها فهي لِلرّاكِبِ لأنّه مُسْتَعْمِلٌ لِلدّابّةِ فكانت في يَدِه (وكذلك) إذا كان لأحدِهما عليه حَمْلٌ وللآخَرِ عليه كورٌ مُعَلَّقٌ أو مِخْلاةٌ مُعَلَّقةٌ فصاحبُ الحمْلِ أولى لِما قُلْنا ولو كانا جميعًا راكِبَيْنِ لَكِنّ أحدَهما في السَّرْجِ والآخَرَ رَديفُه فهي لهما في ظاهرِ الرِّوايةِ.

(ورويَ) عن أبي يوسفَ رحمه الله أنّها لِراكِبِ [٥] السَّرْجِ (لِقوّةِ يَدِه) [٦].

(وجه) ظاهرِ الرِّوايةِ أنهما [٧] جميعًا استَوَيا في أصلِ الاستِعْمالِ فكانت الدّابّةُ في أيديهما فكانت لهما ولو كانا جميعًا راكِبَيْنِ في السَّرْجِ فهي لهما إجماعًا لاستِوائهما في الاستِعْمالِ.

ولو ادَّعَيا عبدًا صَغيرًا لا يُعَبِّرُ عن نفسِه وهو في أيديهما فهو بينهما؛ لأنّه إذا كان لا يُعَبِّرُ عن نفسِه كان بمنزلةِ العُروضِ والبَهائم فتَبْقَى اليَدُ عليه ألا تَرَى أنّه لو ادَّعَى صَبيًّا صَغيرًا مجهولَ النَّسَبِ في يَدِه أنّه عبدُه ثم كبرَ الصّبيُّ فادَّعَى الحُرّيّةَ فالقولُ قولُ صاحبِ اليَدِ ولا تُسْمَعُ دَعْوَى الحُرّيّةِ إلاّ ببيِّنةٍ؛ لأنّه كان في يَدِه وقتَ الدَّعْوةِ فلا تزولُ يَدُه عنه إلاّ بدَليلٍ.

---

(١) في المخطوط: «قدره».
(٢) في المخطوط: «الأصل».
(٣) في المخطوط: «للدعوى».
(٤) في المخطوط: «راكب».
(٥) في المخطوط: «للراكب في».
(٦) في المخطوط: «لأن استعماله أقوى».
(٧) في المخطوط: «أن الراكبين».

(وبِمثلِه) لو ادَّعَى غُلامًا كبيرًا أنّه عبدُه وقال الغُلامُ أنا حُرٌّ فالقولُ قولُ الغُلامِ؛ لأنّه ادَّعاه في حالٍ هو في يَدِ نفسِه فكان القولُ قوله ولو ادَّعَيا عبدًا كبيرًا فقال العبدُ أنا عبدٌ لأحدِهما فهو بينهما ولا يُصَدَّقُ العبدُ في ذلك وكذا إذا كان العبدُ في يَدِ رجلٍ فأقرَّ أنّه لِرجلٍ آخَرَ فالقولُ قولُ صاحبِ اليَدِ ولا يُصَدَّقُ العبدُ في إقرارِه أنّه لِغيرِه؛ لأنّ إقرارَه بالرِّقِّ إقرارٌ بسُقوطِ يَدِه عن نفسِه فكان في يَدِ صاحبِ اليَدِ فلا يُسْمَعُ قولُه أنّه لِغيرِه؛ لأنّ العبدَ لا قولَ له.

ولو قال كُنْت عبدَ فُلانٍ فأعتَقَني وأنا حُرٌّ فكذلك عند أبي حنيفةَ ومحمّدٍ رحمهما الله ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّ القولَ قولُ العبدِ ويُحْكَمُ بحُرّيَّتِه؛ لأنّ العبدَ مُتَمَسِّكٌ [١] بالأصلِ إذِ الحُرّيّةُ أصلٌ في بَني آدَمَ فكان الظّاهرُ شاهدًا له.

فالصّحيحُ جوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأنّه لَمّا أقرَّ أنّه كان عبدًا فقد أقرَّ بزَوالِ حُكْمِ الأصلِ وثُبوتِ العارِضِ وهو الرِّقُّ [منه] [٢] فصارَ الرِّقُّ فيه هو الأصلَ فكان الظّاهرُ شاهدًا له [٣].

ولو ادَّعَيا ثوبًا وأحدُهما لابِسُه والآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بذَيْلِه فاللاّبِسُ أولى؛ لأنّه مُسْتَعْمِلٌ لِلثَّوْبِ.

(ولو ادَّعَيا) بساطًا وأحدُهما جالِسٌ عليه والآخَرُ مُتَعَلِّقٌ به فهو بينهما ولا يكونُ الجالِسُ [٤] بجُلوسِه والنَّوْمُ عليه أولى لاستِوائهما في (اليَدِ عليه) [٥].

(ولو ادَّعَيا) دارًا وأحدُهما ساكِنٌ فيها فهي لِلسّاكِنِ (وكذلك) لو كان أحدُهما أحْدَثَ فيها شيئًا من بناءٍ أو حَفْرٍ فهي لِصاحبِ البِناءِ والحفْرِ؛ لأنّ سُكْنَى الدّارِ وإحداثَ البِناءِ والحفرِ تَصَرُّفٌ في الدّارِ فكانت [٤/ ٨١أ] في يَدِه ولو لم يَكُنْ شيءٌ من ذلك ولَكِنّ أحدَهما داخِلٌ فيها والآخَرُ خارجٌ منها فهي بينهما.

(وكذا) إذا كانا جميعًا فيها؛ لأنّ اليَدَ على العَقارِ لا تَثْبُتُ بالكَوْنِ فيه وإنّما تَثْبُتُ بالتَّصَرُّفِ فيه [ولو وُجِدَ] [٦] خَيّاطٌ يَخيطُ ثوبًا في دارِ إنسانٍ فاختَلَفا في الثَّوْبِ فالقولُ

---

(١) في المخطوط: «يتمسك».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «للمولى».
(٤) في المخطوط: «للجالس».
(٥) في المخطوط: «اليدين على البساط».
(٦) ليست في المخطوط.

لِصاحبِ [١] الدّارِ؛ لأنّ الثّوْبَ وإنْ كان في يَدِ الخيّاطِ صورةً فهو في يَدِ صاحبِ الدّارِ مَعْنًى؛ لأنّ الخيّاطَ وما في يَدِه في دارِه والدّارُ في يَدِه فما فيها [٢] يكونُ في يَدِه.

[أيضًا] [٣] (حَمّالٌ) خَرَجَ من دارِ رجلٍ وعلى عاتِقِه مَتاعٌ فإنْ كان ذلك الحامِلُ يُعْرَفُ ببيعِ ذلك وحَمْلِه فهو له؛ لأنّ الظّاهر شاهدٌ له وإنْ كان لا يُعْرَفُ [بذلك] [٤] فهو لِصاحبِ الدّارِ؛ لأنّ الظّاهرَ شاهدٌ له.

(وكذلك) حَمّالٌ عليه كارّةٌ [٥] وهو في دارِ بَزّازٍ اختَلَفا في الكارّةِ فإنْ كانت الكارّةُ مِمّا يُحْمَلُ فيها فالقولُ قولُ الحمّالِ؛ لأنّ الظّاهرَ شاهدٌ له وإنْ كانت مِمّا لا يُحْمَلُ فيها فالقولُ قولُ صاحبِ الدّارِ؛ لأنّ الظّاهرَ شاهدٌ له [٦].

رجلان اصطادا طائرًا في دارِ رجلٍ فاختَلَفا فيه فإنِ اتَّفَقا على أنّه على أصلِ الإباحةِ لم يَسْتَوْلِ عليه قَطُّ فهو لِلصّائدِ سَواءٌ اصْطادَه من الهَواءِ أو من الشّجرِ أو الحائطِ؛ لأنّه الآخِذُ دونَ صاحبِ الدّارِ إذِ الصّيْدُ (لا يَصيرُ) [٧] مَأخوذًا بكَوْنِه على حائطٍ أو شَجَرةٍ وقد قال ﷺ: «الصّيدُ لِمَنْ أخذه» [٨] وإنِ اختَلَفا فقال صاحبُ الدّارِ اصْطَدْتُه قبلَك أو ورِثْته وأنْكَرَ الصّائدُ فإنّه يُنْظَرُ إنْ أخذه من الهَواءِ فهو له؛ لأنّه الآخِذُ إذْ لا يَدَ لأحدٍ على الهَواءِ وإنْ أخذه من جِدارِه أو شَجَرِه فهو لِصاحبِ الدّارِ؛ لأنّ الجِدارَ والشّجرَ في يَدِه وكذلك إنِ اختَلَفا في أخْذِه من الهَواءِ أو من الجِدارِ فالقولُ قولُ صاحبِ الدّارِ؛ لأنّ الأصلَ أنّ ما في دارِ إنسانٍ يكونُ في يَدِه هَكذا رويَ عن أبي يوسفَ مسألةُ لِلصَّيْدِ [٩] على هذه التناحيل [١٠].

[ولو ادَّعَيا وأحدُهما ساكِنٌ فيها فهي لِلسّاكِنِ فيها وكذا لو كان أحْدَثَ فيها شيئًا من بناءٍ أو حَفْرٍ فهي لِصاحبِ البِناءِ والحفْرِ؛ لأنّ سُكْنَى الدّارِ وإحداثَ البِناءِ والحفْرِ تَصَرُّفٌ في الدّارِ فكانت في يَدِه ولو لم يَكُنْ شيءٌ من ذلك ولَكِنْ أحدُهما داخِلٌ فيها والآخَرُ خارجٌ

---

(١) في المخطوط: «قول صاحب».
(٢) في المخطوط: «في الدار».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) الكارة: ما يحمل على الظهر من الثياب وتكوير المتاع. انظر: مختار الصحاح (١/ ٢٤٢).
(٦) في المخطوط: «لصاحب الدار».
(٧) في المخطوط: «لا يعتبر».
(٨) قال الحافظ ابن حجر في الدراية (٢/ ٢٥٦) حديث: «الصيد لمن أخذه» لم أجد له أصلاً.
(٩) في المخطوط: «الصيد».
(١٠) في المخطوط: «التفاصيل».

منها فهي بينهما وكذا لو كانا جميعًا فيها؛ لأنّ اليَدَ على العَقارِ لا تَثْبُتُ بالكَوْنِ فيها وإنّما تَثْبُتُ بالتّصَرُّفِ فيها ولم يوجَدْ] (١).

ولو ادَّعَيا حائطًا بين دارَيْنِ ولأحدِهما عليه جُذوعٌ فهو له؛ لأنّه مُسْتَعْمَلٌ للحائطِ ولو كان لِكُلِّ واحدٍ منهما [عليه] (٢) جُذوعٌ فإنْ كانت ثلاثةً أو أكثرَ فهي بينهما نصفانِ سَواءٌ استوَتْ جُذوعُ كُلِّ واحدٍ منهما أو كانت لأحدِهما أكثرَ بعدَ أنْ كان لِكُلِّ واحدٍ منهما ثلاثةُ جُذوعٍ؛ لأنّهما استوَيا في استِعْمالِ الحائطِ [بالجذوع] (٣) فاستوَيا في ثُبوتِ اليَدِ عليه.

[ولو أرادَ صاحبُ البَيْتِ أنْ يَتَبَرَّعَ على الآخَرِ بما زادَ على الثّلاثةِ ليس له ذلك لَكِنْ يُقالُ له زِدْ أنْتَ أيضًا إلى تَمامِ عَدَدِ خَشَبِ صاحبِك إنْ أطاقَ الحائطُ حَمْلَها وإلاّ فليس لَك الزّيادةُ ولا النّزْعُ] (٤) ولو كان لأحدِهما [عليه] (٥) ثلاثةُ جُذوعٍ (٦) وللآخَرِ جِذْعٌ أو جِذْعانِ فالقياسُ أنْ يكونَ الحائطُ بينهما نصفَيْنِ وفي الاستحسانِ تكون لصاحب الثلاثة.

وجه القياس: أنّ زيادةَ الاستِعْمالِ بكَثْرةِ الجُذوعِ زيادةٌ من جنسِ الحُجّةِ والزّيادةُ من جنسِ الحجّةِ لا يَقَعُ بها التّرْجيحُ.

ألا تَرَى أنّه لو كان لأحدِهما ثلاثةٌ وللآخَرِ أربَعةٌ كان الحائطُ بينهما نصفَيْنِ وإنْ كان استِعْمالُ أحدِهما أكثرَ دَلَّ أنّ المُعْتبَرَ أصلُ الاستِعْمالِ لا قدرُه وقد استوَيا فيه.

ووجه الاستحسانِ أنْ يُقال نَعَمْ لَكِنّ أصلَ الاستِعْمالِ لا يَحْصُلُ بما دونَ الثّلاثةِ؛ لأنّ الجِدارَ لا يُبنَى له عادةً وإنّما يُبنَى لأكثرَ من ذلك إلاّ أنّ الأكثرَ مِمّا لا نِهايةَ له والثّلاثةُ أقلُّ الجمْعِ الصّحيحِ فقُيِّدَ به فكان ما وراءَ موضِعِ الجُذوعِ (٧) لِصاحبِ الكَثيرِ.

وأمّا موضِعُ الجِذْعِ الواحدِ فكذلك على رِوايةِ كِتابِ الإقرارِ وإنّما لِصاحبِ القليلِ حَقُّ وضع الجِذْعِ لا أصلُ المِلْكِ وعلى رِوايةِ كِتابِ الدَّعْوَى له موضِعُ الجِذْعِ من الحائطِ وما وراءَه لِصاحبِ الكَثيرِ.

و(وجه) هذِه الرِّوايةِ أنّ صاحبَ القليلِ مُسْتَعْمِلٌ لِذلك القدرِ حَقيقةً فكان ذلك القدرُ في يَدِه فيَمْلِكُه.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «أجذعة».
(٧) في المخطوط: «الجذع الواحد».

وجه رِوايةِ الإقرارِ: ما مَرَّ أنّ الاستِعْمالَ لا يَحْصُلُ بالجِذْعِ والجِذْعَيْنِ؛ لأنّ الحائطَ لا يُبنَى له عادةً فلم يَكُنْ شيءٌ من الحائطِ في يَدِه فكان كُلُّه في يَدِ صاحبِ الكثيرِ إلاّ أنّه ليس له (دَفْعُ الجُذوعِ) [١] وإنْ كان (موضِعُ الجِذْعِ) [٢] مملوكًا له لِجوازِ أنْ يكونَ أصلُ الحائطِ مملوكًا لإنسانٍ ولآخَرَ عليه حَقُّ الوضْعِ بخلافِ ما لو أقامَ البَيِّنةَ أنّ الحائطَ له؛ لأنّ له أنْ يَدْفَعَ؛ لأنّ البَيِّنةَ حُجّةٌ مُطْلَقةٌ فإذا أقامَها تبَيَّنَ أنّ الوضْعَ من الأصلِ كان بغيرِ حَقٍّ [فله] [٣] وِلايةِ الدَّفْعِ وليس له ذلك حالَ عَدَمِ البَيِّنةِ؛ لأنّا إنّما جَعَلْنا الحائطَ له لِظاهرِ اليَدِ والظّاهرُ يَصْلُحُ لِلتَّقْريرِ لا لِلتَّغْييرِ فهو الفرْقُ.

ولو كان الحائطُ مُتَّصِلاً [٤/ ٨١ب] ببِناءِ إحدى الدّارَيْنِ اتِّصالَ التِزاقٍ وارتِباطٍ فهو [٤] لِصاحبِ الاتِّصالِ؛ لأنّه كالمُتَعلِّقِ به ولو كان لأحدِهما اتِّصالُ التِزاقٍ وللآخَرِ جُذوع فصاحبُ الجُذوعِ أولى؛ لأنّه مُسْتَعْمِلٌ للحائطِ ولا استِعْمالَ من صاحبِ الاتِّصالِ ولو كان لأحدِهما اتِّصالُ [التِزاقٍ وارتِباطٍ وللآخَرِ اتِّصالُ تَرْبيعٍ فصاحبُ التَّرْبيعِ أولى؛ لأنّ اتِّصالَ التَّرْبيعِ أقوَى من اتِّصالِ الالتِزاقِ ولو كان لأحدِهما اتِّصالُ] [٥] تَرْبيعٍ وللآخَرِ جُذوع فالحائطُ لِصاحبِ التَّرْبيعِ ولِصاحبِ الجُذوعِ حَقُّ وضْعِ الجُذوعِ لَكِنّ الكَلامَ في صورةِ التَّرْبيعِ فنَقولُ: ذَكَرَ الطَّحاويُّ رحمه الله أنّ التَّرْبيعَ هو أنْ يكونَ أنْصافُ ألبانِ الحائطِ [٦] مُداخلةً حائطَ إحدى الدّارَيْنِ يُبنَى كذلك كالأزَجِ [٧] والطّاقاتِ فكان بمعنى النِّتاج فكان صاحبُ الاتِّصالِ أولى.

وذَكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله أنّ تفسيرَ التَّرْبيعِ أنْ يكونَ طَرَفا هذا الحائط المُدَّعَى مُداخلينَ حائطَ إحدى الدّارَيْنِ وهذا التَّفْسيرُ مَنْقولٌ عن أبي يوسفَ رحمه الله فيَصيرُ [٨] الحاصِلُ أنّ المُداخَلةَ إذا كانت من جانِبَيِ الحائطِ كان صاحبُ الاتِّصالِ أولى بلا خلافٍ وإنْ كانت من جانِبٍ واحدٍ فعلى قولِ الطَّحاويِّ رحمه الله صاحبُ الاتِّصالِ أولى وعلى قولِ الكَرْخيِّ رحمه الله صاحبُ الجُذوعِ أولى.

---

(١) في المخطوط: «أن يدفع الجذع».
(٢) في المخطوط: «موضعه».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «فهي».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) زاد في المخطوط: «المدعى».
(٧) الأزج: بيت يبنى طولاً، انظر: اللسان (٢/ ٢٠٨).
(٨) في المخطوط: «فصار».

وجه قولِ الطَّحاويِّ (ما ذَكَرْنا)[١] أنّ ذلك بمعنى النِّتاج حيث حَدَثَ من بنائه كذلك فكان[٢] هو أولى.

وجه قولِ الكَرْخيِّ أنّ المُداخَلةَ من الجانِبَيْنِ توجِبُ الاتِّحادَ وجَعْلَ الكُلِّ بناءً واحدًا فسَقَطَ[٣] حُكْمُ الاستِعْمالِ لِضرورةِ الاتِّحادِ فمِلْكُ البعضِ يوجِبُ مِلْكَ الكُلِّ ضرورةً إلاّ أنّه لا يُجْبَرُ على الرَّفْعِ[٤] بل يُتْرَكُ على حالِه؛ لأنّ ذلك ليس من ضروراتِ مِلْكِ الأصلِ بل يحتملُ الانفِصالَ عنه في الجُمْلةِ ألا تَرَى أنّ السَّقْفَ الذي هو بين بَيْتِ العُلوِّ وبين بَيْتِ السُّفْلِ هو مِلْكُ صاحبِ السُّفْلِ ولِصاحبِ العُلوِّ عليه حَقُّ القَرارِ حتى لو أرادَ صاحبُ السُّفْلِ رَفْعَ السَّقْفِ مُنِعَ منه شرعًا (كذا هذا)[٥] جازَ أنْ يكونَ المِلْكُ لِصاحبِ الاتِّصالِ ولِصاحبِ الجُذوعِ حَقُّ وضعِ الجِذْعِ عليه بخلافِ ما إذا أقامَ البَيِّنةَ أنّه [له][٦] يُجْبَرُ على الرَّفْعِ وقد تَقَدَّمَ وجه الفرْقِ بينهما.

ثم فرَّعَ أبو يوسفَ على ما رويَ عنه من تفسيرِ التَّرْبيعِ أنّه إذا اشترى دارًا ولِرجلٍ آخرَ دارٌ بجَنْبِ تلك الدّارِ وبينهما حائطٌ وأقامَ الرّجلُ البَيِّنةَ أنّه له فأرادَ المُشتري أنْ يرجعَ على البائعِ بحِصَّتِه من الثَّمَنِ إنْ كان مُتَّصِلاً ببناءِ حائطِ المُدَّعي ليس له أنْ يرجعَ على البائعِ؛ لأنّه إذا كان مُتَّصِلاً ببنائه لم يَتَناوَلِ[٧] البيعَ فلم يَكُنْ مَبيعًا فلا يكونُ للمُشتري حَقُّ الرُّجوعِ وإنْ لم يَكُنْ مُتَّصِلاً ببناءِ المُدَّعي وهو مُتَّصِلٌ ببناءِ الدّارِ المَبيعةِ فللمُشتري أنْ يرجعَ على البائعِ بحِصّةِ الحائطِ من الثَّمَنِ؛ لأنّه إذا كان مُتَّصِلاً بحائطِ الدّارِ المَبيعةِ تَناوَلَه البيعُ فكان مَبيعًا فيَثْبُتُ الرُّجوعُ عند الاستحقاقِ وإنْ كان مُتَّصِلاً بحائطِ الدّارِ المَبيعةِ وللآخَرِ عليه جُذوعٌ (لا يرجعُ)[٨] وهذا يُؤَيِّدُ رِوايةَ الكَرْخيِّ أنّ صاحبَ الجُذوعِ أولى من صاحبِ الاتِّصالِ إذا كان من جانبٍ واحدٍ.

ولو كان اتِّصالَ تَرْبيعٍ واستَحَقَّ المُشتري الرُّجوعَ على البائعِ لا تُنْزَعُ الجُذوعُ بل تُتْرَكُ على حالِها لِما ذَكَرنا ولو كان لأحدِهما عليه سُتْرةٌ أو بناءٌ وصاحبُه مُقِرٌّ بأنّ السُّتْرةَ والبِناءَ له

---

(١) في المخطوط: «على ما ذكرنا».
(٢) في المخطوط: «فصار».
(٣) في المخطوط: «فيسقط».
(٤) في المخطوط: «الدفع».
(٥) في المخطوط: «كذلك هاهنا».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «يتناوله».
(٨) في المخطوط: «فليس له أن يرجع».

فالحائطُ لِصاحبِ السُّتْرةِ؛ لأنّه مُسْتَعْمِلٌ الحائطَ بالسُّتْرةِ فكان في يَدِه ولو لم يَكُنْ عليه سُتْرةٌ ولَكِنْ لأحدِهما عليه مُرادَيٌ [١] [هو القَصَبُ الموضوعُ على رَأسِ الجِدارِ فهو] [٢] بينهما ولا يَسْتَحِقُّ (بالمُرادي والبَوادي) [٣] شيئًا؛ لأنّ وضْعَ المُرادي [٤] على الحائطِ ليس بأمرٍ مقصودٍ؛ لأنّ الحائطَ لا يُبنَى له فكان مُلْحَقًا بالعَدَمِ فلا يَتَعَلَّقُ به الاستحقاقُ.

ولو كان وجه الحائطِ إلى أحدِهما وظَهْرُه إلى الآخَرِ وكان أنْصافُ اللَّبِنِ أو الطّاقاتِ إلى أحدِهما فلا حُكْمَ لِشيءٍ من ذلك عند أبي حنيفةَ رحمه الله والحائطُ بينهما وعندَهما [٥] الحائطُ لِمَنْ إليه وجه البِناءِ وأنْصافُ اللَّبِنِ والطّاقاتِ وهذا إذا جُعِلَ الوجه وقتَ البِناءِ حينَما بَنَى فأمّا إذا جُعِلَ بعد البِناءِ بالنَّقْشِ والتَّطيُّنِ فلا عِبْرةَ بذلك إجماعًا.

وعلى هذا الخلافِ إذا ادَّعَيا بابًا مُغْلَقًا على حائطٍ بين دارَيْنِ والغَلْقُ إلى أحدِهما فالبابُ لهما عندَه [٦] وعندَهما لِمَنْ إليه الغَلْقُ.

ولو كان للبابِ غَلِقانِ من الجانِبَيْنِ فهو لهما إجماعًا وعلى هذا الخلافِ خُصٌّ بين دارَيْنِ أو بين كرْمَيْنِ والقِمْطُ [٧] إلى أحدِهما فالخُصُّ بينهما عند أبي حنيفةَ رحمه الله ولا يُنْظَرُ إلى القِمْطِ وعندَهما الخُصُّ لِمَنْ إليه القِمْطُ.

وجه قولِهما في هذِه المَسائلِ [٤/ ٨٢أ] اعتِبارُ العُرْفِ والعادةِ فإنّ النّاسَ في العاداتِ يجْعَلونَ وجهَ البِناءِ وأنْصافَ اللَّبَنِ والطّاقاتِ والغَلْقِ والقِمْطِ إلى صاحبِ [٨] الدّارِ فيَدُلُّ [٩] على أنّه بناؤُه [١٠] فكان في يَدِه.

ولأبي حنيفةَ رحمه الله أنّ هذا دَليلُ اليَدِ في الماضي لا وقتَ الدَّعْوةِ واليَدُ في الماضي لا تَدُلُّ على اليَدِ وقتَ الدَّعْوةِ والحاجةُ في [١١] إثْباتِ اليَدِ وقتَ الدَّعْوةِ ثم في كُلِّ موضِعٍ قُضيَ بالمِلْكِ لأحدِهما لِكَوْنِ المُدَّعَى في يَدِه تَجِبُ عليه اليَمينُ لِصاحبه إذا طُلِبَ فإنْ

---

(١) في المخطوط: «هراري».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «بالهراري والتواري».
(٤) في المخطوط: «الهراري».
(٥) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».
(٦) في المخطوط: «عند أبي حنيفة».
(٧) القمط: ما يشد به الأخصاص. انظر: مختار الصحاح (١/ ٢٣٠).
(٨) في المخطوط: «أصحاب».
(٩) في المخطوط: «فدلت».
(١٠) في المخطوط: «بناه».
(١١) في المخطوط: «إلى».

حَلَفَ بَرِئَ وإنْ نَكِل يُقْضَى عليه بالنُّكولِ وعلى هذا إذا اختَلَفا في المُرورِ في دارٍ ولأحدِهما بابٌ من دارِه إلى تلك الدّارِ فلِصاحبِ الدّارِ مَنْعُ صاحبِ البابِ عن المُرورِ فيها حتى يُقيمَ البَيِّنةَ أنّ له في دارِه طريقًا ولا يَسْتَحِقُّ صاحبُ البابِ بالبابِ شيئًا؛ لأنّ فتْحَ البابِ إلى دارِ غيرِه قد يكونُ بحَقٍّ لازِمٍ وقد يكونُ بغيرِ حَقٍّ أصلاً وقد يكونُ بحَقٍّ (غيرِ لازِمٍ) [1] وهو الإباحةُ فلا يَصْلُحُ دَليلاً على حَقِّ المُرورِ في الدّارِ مع الاحتِمالِ.

وكذا لو شَهِدَ الشُّهودُ أنّ صاحبَ الدّارِ كان يَمُرُّ فيها لم يَسْتَحِقَّ بهذِه الشَّهادةِ شيئًا لاحتِمالِ أنّ مُرورَه فيها كان غَصْبًا أو إباحةً ولئِنْ دَلَّتْ على أنّه كان لِحَقِّ المُرورِ لَكِنْ في الزَّمانِ الماضي؛ لأنّ الشَّهادةَ قامَتْ عليه فلا يَثْبُتُ بها الحقُّ للحالِ.

ولو شَهِدوا أنّ له فيها طريقًا فإنْ حَدّوا الطَّريقَ فسَمَّوْا طوله وعَرْضَه قُبِلَتْ شهادَتُهم وكذلك إذا لم يَحُدّوه كذا ذُكِرَ في الكِتابِ.

ومن أصحابِنا رحمهم الله مَنْ حَمَلَ المسألةَ على ما إذا شَهِدوا على إقرارِ صاحبِ الدّارِ بالطَّريقِ؛ لأنّ المشهودَ به مجهولٌ وجَهالةُ المشهودِ به تمنَعُ صِحّةَ الشَّهادةِ أمّا جَهالةُ المَقَرِّ به فلا تمنَعُ صِحّةَ الإقرارِ ومنهم مَنْ أجرَى جوابَ الكِتابِ على إطْلاقِه؛ لأنّ الطَّريقَ طولُه مَعْلومٌ وعَرْضُه مقدارُ عَرْضِ البابِ في مُتَعارَفِ النّاس وعاداتِهم فكانت هذِه شهادةٌ بمَعْلومٍ فتُقْبَلُ وكذلك لو شَهِدوا أنّ أباه مات وتَرَكَ طريقًا في هذِه الدّارِ فهو على ما ذَكَرنا.

وعلى هذا إذا كان لِرجلٍ ميزابٌ في دارِ رجلٍ فاختَلَفا في مَسيلِ الماءِ فلِصاحبِ الدّارِ أنْ يَمْنَعَه عن التّسْييلِ حتى يُقيمَ البَيِّنةَ أنّ له في هذِه الدّارِ مَسيلَ ماءٍ ولا يَسْتَحِقُّ صاحبُ الميزابِ بنفسِ الميزابِ شيئًا لِما ذَكَرنا.

وذَكَرَ الفقيه أبو اللَّيْثِ رحمه الله أنّ الميزابَ إذا كان قَديمًا فلَه حَقُّ التّسْييلِ.

وذَكَرَ محمّدٌ في كِتابِ الشُّرْبِ في نَهْرٍ في أرضِ رجلٍ يَسيلُ فيه الماءُ فاختَلَفا في ذلك فالقولُ قولُ صاحبِ الماءِ؛ لأنّه إذا كان يَسيلُ فيه الماءُ كان النّهْرُ مشغولاً بالماءِ فكان النّهْرُ مُسْتَعْمَلاً به فكان في يَدِه بخلافِ الميزابِ فإنّ موضوعَ المسألةِ فيما إذا لم يَكُنْ في الميزابِ ماءٌ عند الاختِلافِ حتى لو كان فيه ماءٌ كان حُكْمُه حُكْمَ النّهرِ واللّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

---

(١) في المخطوط: «لازم».

ولو شَهِدوا أنّهم (رَأوا الماءَ يَسيلُ) [(١)] في الميزابِ فليستْ هذِه الشَّهادةُ بشيءٍ؛ لأنّ التّسْييلَ قد يكونُ بغيرِ حَقّ وكذا الشَّهادةُ ما قامَتْ بحَقّ كائنٍ على ما مَرَّ.

ولو شَهِدوا أنّ له حَقًّا في الدّارِ من حيث التّسْييل فإنْ بَيَّنوا أنّه لِماءِ المَطَرِ فهو لِماءِ المَطَرِ وإنْ بيَّنوا أنّه مَسيلُ ماءٍ دائمٍ للغُسْلِ والوُضوءِ فهو كذلك وإنْ لم يُبَيِّنوا تُقْبَلُ شهادَتُهم أيضًا ويكونُ القولُ قولَ صاحبِ الدّارِ مع يَمينِه أنّه للغُسْلِ والوُضوءِ أو لِماءِ المَطَرِ؛ لأنّ أصلَ الحقّ ثَبَتَ بشهادةِ الشُّهودِ وبَقيَتِ الصِّفةُ مجهولةً فيَتَبَيَّنُ ببيانِ صاحبِ الدّارِ لَكِنْ مع اليَمينِ وإنْ لم يَكُنْ للمُدَّعي بَيِّنةٌ أصلاً يُسْتَحْلَفُ صاحبُ الدّارِ على ذلك فإنْ حَلَفَ بَرِئَ وإنْ نكِل يُقْضَى بالنُّكولِ كما في بابِ الأموالِ.

وعلى هذا يُخَرّج اختِلافُ الزَّوْجَيْنِ في مَتاعِ البَيْتِ ولا بَيِّنةَ لأحدِهما على ما ذَكَرنا في كِتابِ النّكاح واللّه تعالى أعلمُ.

فصل [في حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك]

وَأمّا حُكْمُ تَعارُضِ الدَّعْوَتَيْنِ في قدرِ المِلْكِ (فهو كاختِلافِ) [(٢)] المُتَبايِعَيْنِ في قدرِ الثّمَنِ أو المَبيعِ فنَقولُ [(٣)]:

جُملةُ الكلامِ فيه: أنّ المُتَبايِعَيْنِ إذا اختَلَفا فلا يخلو إمّا أنِ اختَلَفا في الثّمَنِ وإمّا أنِ اختَلَفا في المَبيعِ فإنِ اختَلَفا في الثّمَنِ فلا يخلو إمّا أنِ اختَلَفا في قدرِ الثّمَنِ وإمّا أنِ اختَلَفا في جنسِه وإمّا أنِ اختَلَفا في وقتِه وهو الأجَلُ فإنِ اختَلَفا في قدرِه بأنْ قال البائعُ بعْت منك هذا العبدَ بألفَيْ درهَم وقال المُشتري اشتريْت بألفٍ فهذا لا يخلو إمّا أنْ كانت السِّلْعةُ قائمةً وإمّا أنْ كانت هالِكةً فإنْ كانت قائمةً [فإمّا أنْ كانت قائمةً] [(٤)] على حالِها لم [٤/ ٨٢ب] تَتَغَيَّرْ وإمّا أنْ تَغَيَّرَتْ إلى الزّيادةِ أو إلى النُّقْصانِ فإنْ كانت قائمةً على حالِها لم تَتَغَيَّرْ تَحالَفا وتَرادّا سَواءٌ كان قبلَ القبضِ أو بعدَه أمّا قبلَ القبضِ؛ فلأنّ كُلَّ واحدٍ منهما مُدَّعٍ ومُدَّعًى عليه من وجهٍ؛ لأنّ البائعَ يَدَّعي على المُشتري زيادةَ ثَمَنٍ وهو يُنْكِرُ والمُشتري يَدَّعي على البائعِ تسليمَ المَبيعِ إليه عند أداءِ الألفِ وهو يُنْكِرُ فيَتَحالَفانِ

---

(١) في المخطوط: «رأوه يسيل الماء».
(٢) في المخطوط: «فنحو اختلاف».
(٣) في المخطوط: «و».
(٤) ليست في المخطوط.

لِقولِه ﷺ: «واليَمِينُ على مَنْ أنكَرَ» [(١)].

وأمّا بعدَ القبضِ فكان يَنْبَغي أنْ لا يَحْلِفَ البائعُ ويكونُ القولُ قولَ المُشتري مع يَمينِه؛ لأنّ المُشتريَ لا يَدَّعي على البائعِ شيئًا لِسَلامةِ المَبيعِ له والبائعُ يَدَّعي على المُشتري زيادةَ ثَمَنٍ وهو يُنْكِرُ فكان القولُ قولَه [(٢)] مع يَمينِه إلاّ أنّا عَرَفْنا التّحالُفَ وهو الحلِفُ من الجانِبَيْنِ بنَصٍّ خاصٍّ وهو قولُه ﷺ: «إذا اختَلَفَ المُتَبايِعانِ تَحالَفا وتَرادّا» [(٣)] ويُبْدَأُ بيَمينِ المُشتري في ظاهرِ الرِّوايةِ وهو قولُ محمّدٍ وأبي يوسفَ الآخَرُ وفي قولِه الأوّلِ يُبْدَأُ بيَمينِ البائعِ ويُقالُ إنّه قولُ أبي حنيفةَ رحمه الله.

والصّحيحُ جوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأنّ اليَمينَ وظيفةُ المُنْكِرِ والمُشتري أشَدُّ إنْكارًا من البائعِ؛ لأنّه مُنْكرٌ في الحالينِ جميعًا قبلَ القبضِ وبعدَه والبائعُ بعدَ القبضِ ليس بمُنْكِرٍ؛ لأنّ المُشتريَ لا يَدَّعي عليه شيئًا فكان أشَدَّ إنْكارًا منه وقبلَ القبضِ إنْ كان مُنْكِرًا لَكِنّ المُشتري أسْبَقُ إنْكارًا منه؛ لأنّه يُطالَبُ أوّلاً بتسليمِ الثّمَنِ حتى يَصيرَ عَيْنًا وهو يُنْكِرُ فكان أسْبَقَ إنْكارًا من البائعِ فيُبْدَأُ بيَمينِه فإنْ نَكِلَ لَزِمَه دَعْوَى البائعِ؛ لأنّ النُّكولَ بَذْلٌ أو إقرارٌ.

وإنْ حَلَفَ يَحْلِفُ البائعُ ثم إذا تَحالَفا هَلْ يَنْفَسِخُ البيعُ بنفسِ التّحالُفِ أو يُحْتاجُ فيه إلى فسخِ القاضي.

اختَلَفَ المَشايِخُ رحمهم الله فيه قال بعضُهم يَنْفَسِخُ بنفسِ التّحالُفِ؛ لأنّهما إذا تحالَفا لم يَكُنْ في بَقاءِ العقدِ فائدةٌ فيَنْفَسِخُ.

وقال بعضُهم لا يَنْفَسِخُ إلاّ بفَسْخِ القاضي عند طَلَبِهما أو طَلَبِ أحدِهما وهو الصّحيحُ حتى لو أرادَ أحدُهما إمضاءَ البيعِ بما يقولُه صاحبُه فلَه ذلك من غيرِ تَجْديدِ العقدِ؛ لأنّ احتِمالَ الفائدةِ ثابتٌ لاحتِمالِ التّصْديقِ من أحدِهما لِصاحبه والعقدُ المُنْعَقِدُ قد يَبْقَى لِفائدةٍ مُحْتَمَلةِ الوُجودِ والعَدَمِ؛ لأنّه انعَقَدَ بيَقينٍ فلا يَزولُ لاحتِمالِ عَدَمِ الفائدةِ على الأصلِ المَعْهودِ في الثّابِتِ بيَقينٍ؛ لأنّه لا يَزولُ بالاحتِمالِ فلا يَنْفَسِخُ إلاّ بفَسْخِ القاضي وله أنْ يَفْسَخَ لانعِدامِ الفائدةِ للحالِ؛ ولأنّ المُنازَعةَ لا تَنْدَفِعُ إلاّ بفَسْخِ القاضي؛ لأنّهما لَمّا

---

(١) سبق تخريجه. (٢) في المخطوط: «قول المنكر».

(٣) صحيح: أخرجه ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: البيعان يختلفان، برقم (٢١٨٦) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

تَحالَفا صارَ الثّمَنُ مجهولاً فيَتَنازَعانِ فلا بُدَّ من قَطْعِ المُنازَعةِ ولا تَنْقَطِعُ إلاّ بالقَضاءِ [(١)] بالفسخِ.

هذا إذا كانت السِّلْعةُ قائمةً بعَيْنِها من غيرِ تَغَيُّرٍ (فأمّا إذا) [(٢)] كانت تَغَيَّرَتْ ثم اختَلَفا في قدرِ الثّمَنِ فلا يخلو إمّا أنْ تَغَيَّرَتْ إلى الزّيادةِ وإمّا أنْ تَغَيَّرَتْ إلى النُّقْصانِ فإنْ كان التّغْييرُ إلى الزّيادةِ فإنْ [(٣)] كانت الزّيادةُ مُتَّصِلةً مُتَوَلِّدةً من الأصلِ كالسِّمَنِ والجمالِ مَنَعَتِ التّحالُفَ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رحمهما الله وعند محمّدٍ رحمه الله لا تمنَعُ ويَرُدُّ المُشتري العَيْنَ بناءً على أنّ هذِه الزّيادةَ تمْنَع الفسخَ عندَهما في عُقودِ المُعاوَضاتِ فتمنَعُ التّحالُفَ وعندَه لا تمنَعُ الفسخَ فلا تمنَعُ التّحالُفَ وإنْ كانت الزّيادةُ مُتَّصِلة غيرَ مُتَوَلِّدةٍ من الأصلِ كالصّبْغِ في الثّوْبِ والبِناءِ والغَرْسِ في الأرضِ فكذلك تمنَعُ التّحالُفَ عندَهما وعندَه لا تمنَعُ ويَرُدُّ المُشتري القيمةَ [لِمَنْ هما عندَه؛ لأنّ هذا النّوْعَ من الزّيادةِ بمنزِلةِ الهَلاكِ وهَلاكُ السِّلْعةِ يَمْنَعُ التّحالُفَ عندَهما وعندَه لا يَمْنَعُ ويَرُدُّ المُشتري الزّيادةَ] [(٤)].

وإنْ كانت الزّيادةُ مُنْفَصِلةً مُتَوَلِّدةً من الأصلِ كالولَدِ والأرشِ والعُقْرِ فهو على هذا الاختِلافِ.

وإنْ كانت الزّيادةُ مُتَّصِلةً [(٥)] غيرَ مُتَوَلِّدةٍ من الأصلِ كالموهوبِ (في المَكْسوبِ) [(٦)] لا تمنَعُ التّحالُفَ إجماعًا فيَتَحالَفانِ ويَرُدُّ المُشتري العَيْنَ؛ لأنّ هذِه الزّيادةَ لا تمنَعُ الفسخَ في عُقودِ المُعاوَضاتِ فلا تمنَعُ التّحالُفَ.

وكذا هي ليستْ في معنى هَلاكِ العَيْنِ فلا تمنَعُ التّحالُفَ وإذا تَحالَفا يَرُدُّ المُشتري المَبيعَ دونَ الزّيادةِ وكانت الزّيادةُ له؛ لأنّها حَدَثَتْ على مِلْكِه وتَطيبُ له لِعَدَمِ تَمَكُّنِ الخِبْثِ فيها هذا إذا تَغَيَّرَتِ السِّلْعةُ إلى الزّيادةِ فأمّا إذا تَغَيَّرَتْ إلى النُّقْصانِ في يَدِ المُشتري فنَذْكُرُ حُكْمَه [في موضعه] [(٧)] إنْ شاء الله تعالى.

هذا إذا كانت السِّلْعةُ قائمةً فأمّا إذا كانت هالِكةً فلا يَتَحالَفانِ عند أبي حنيفةَ وأبي

---

(١) في المخطوط: «بقطع القاضي».
(٢) في المخطوط: «فإن».
(٣) في المخطوط: «بأن».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «منفصلة».
(٦) في المخطوط: «والمكسوب».
(٧) زيادة من المخطوط.

يوسفَ رحمهما الله والقولُ قولَ المُشتري مع يَمينِه في مقدارِ الثّمَنِ فإنْ حَلَفَ لَزِمَه [٤/ ٨٣أ] ما أقَرَّ به وإنْ نَكِل لَزِمَه دَعْوَى صاحبه.

وعند محمّدٍ رحمه الله يَتَحالَفانِ ويَرُدُّ المُشتري القيمةَ فإنِ اختَلَفا في مقدارِ القيمةِ على قولِه كان القولُ قولَ المُشتري [مع يَمينِه] (١) في مقدارِ القيمةِ.

ولَقَبُ المسألةِ أنّ هَلاكَ السِّلْعةِ هَلْ يَمْنَعُ التّحالُفَ عندَهما يَمْنَعُ وعندَه لا يَمْنَعُ واحتَجَّ بقولِه ﷺ: «إذا اختَلَفَ المُتَبايِعانِ تَحالَفا وتَرادّا».

أثبَتَ ﷺ التّحالُفَ مُطْلَقًا عن شرطِ قيامِ السِّلْعةِ ولا يُقالُ ورَدَ هنا نَصٌّ خاصٌّ (٢) مُقَيَّدٌ بحالِ قيامِ السِّلْعةِ وهو قولُه ﷺ: «إذا اختَلَفَ المُتَبايِعانِ والسِّلْعةُ قائمةٌ بعَيْنِها تَحالَفا وتَرادّا»؛ لأنّ المذهَبَ عندَنا أنّ المُطْلَقَ لا يُحْمَلُ على المُقَيَّدِ لِما في الحمْلِ من ضَرْبِ النُّصوصِ بعضِها في بعضٍ بل يجْري المُطْلَقُ على إطْلاقِه والمُقَيَّدُ على تَقْييدِه فكان جَرَيانُ التّحالُفِ حالَ قيامِ السِّلْعةِ ثابِتًا بنَصَّيْنِ وحالُ هَلاكِها ثابِتًا بنَصٍّ واحدٍ وهو النّصُّ المُطْلَقُ ولا تَنافي بينهما [فيجبُ العملُ بهما] (٣) جميعًا.

ولهما الحديثُ المشهورُ وهو قولُه ﷺ: «واليَمينُ على مَن أنكَرَ» فبَقيَ (٤) التّحالُفُ وهو الحلِفُ من الجانِبَيْنِ بعدَ قبضِ المَعْقودِ عليه؛ لأنّه ﷺ أوجَبَ جنسَ اليَمينِ على جنسِ المُنْكِرينَ فلو وجَبَتْ يَمينٌ لا على مُنْكِرٍ لم يَكُنْ جنسُ اليَمينِ على جنسِ المُنْكِرينَ وهذا خلافُ النّصِّ والمُنْكِرُ بعدَ قبضِ المَعْقودِ عليه هو المُشتري؛ لأنّ البائعَ يَدَّعي عليه زيادةَ ثَمَنٍ وهو يُنْكِرُ.

فأمّا الإنْكارُ من قِبَلِ البائعِ؛ فلأنّ المُشتريَ لا يَدَّعي عليه شيئًا فكان يَنْبَغي أنْ لا يجبَ التّحالُفُ حالَ قيامِ السِّلْعةِ أيضًا إلاّ أنّا عَرَفْنا ذلك بنَصٍّ خاصٍّ مُقَيَّدٍ وهو قولُه ﷺ: «إذا اختَلَفَ المُتَبايِعانِ والسِّلْعةُ قائمةٌ بعَيْنِها تَحالَفا وتَرادّا».

وهذا القَيْدُ ثابِتٌ في النّصِّ الآخَرِ أيضًا دَلالةً؛ لأنه قال ﷺ وتَرادّا والتّرادُّ لا يكونُ إلاّ حالَ قيامِ السِّلْعةِ فبَقيَ التّحالُفُ حالَ هَلاكِ السِّلْعةِ مُثْبَتًا (٥) بالخبَرِ المشهورِ ويَسْتَوي هَلاكُ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «آخر».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «ينفي».
(٥) في المخطوط: «منفيًا».

كُلِّ السِّلْعةِ وبعضِها في المَنْعِ من التّحالُفِ أصلاً عند أبي حنيفةَ.

وعند أبي يوسفَ هَلاكُ السِّلْعةِ يَمْنَعُ [من] (١) التّحالُفَ في قدر الهالِكِ لا غيرَ وعند محمّدٍ لا يَمْنَعُ أصلاً حتى لو اشترى عبدَيْنِ فقَبَضَهما ثم هَلك أحدُهما ثم اختَلَفا في مقدارِ الثّمَنِ فالقولُ قولُ المُشتري عند أبي حنيفةَ ولا يَتحالَفانِ إلاّ أنْ يَرْضَى البائعُ أنْ يَأخُذَ القائمَ ولا يَأخُذُ من ثَمَنِ الهالِكِ شيئًا فحينَئِذٍ يَتحالَفانِ.

وعند أبي يوسفَ لا يَتحالَفانِ على الهالِكِ والقولُ قولُ المُشتري في حِصّةِ الهالِكِ ويَتحالَفانِ على القائمِ ويُترادّانِ.

وعند محمّدٍ يَتحالَفانِ عليهما ويَرُدُّ قيمةَ الهالِكِ.

أمّا محمّدٌ رحمه الله فقد مَرَّ على أصلِه؛ لأنّ هَلاكَ كُلِّ السِّلْعةِ عندَه لا يَمْنَعُ التّحالُفَ فهَلاكُ البعضِ أولى.

وكذلك لأبي يوسفَ؛ لأنّ المانِعَ من التّحالُفِ هو الهَلاكُ فيَتَقَدَّرُ المَنْعُ بقدرِه تَقْديرًا للحُكْمِ بقدرِ العِلّةِ ولأبي حنيفةَ أنّ الحديثَ [المشهور] (٢) يَنْفي التّحالُفَ بعدَ قبضِ السِّلْعةِ لِما ذَكَرنا إلاّ أنّا عَرَفْنا ذلك بنَصٍّ خاصٍّ والنّصُّ ورَدَ في حالِ قيامِ كُلِّ السِّلْعةِ فبَقيَ التّحالُفُ حالَ هَلاكِ بعضِها مَنْفيًا بالحديثِ (٣) المشهورِ؛ ولأنّ قدرَ الثّمَنِ الذي يُقابِلُ القائمَ مجهولٌ لا يُعْرَفُ إلاّ بالحزرِ والظَّنِّ فلا يجوزُ التّحالُفُ عليه إلاّ إذا شاء البائعُ أنْ يَأخُذَ الحدَّ (٤) ولا يَأخُذَ من ثَمَنِ الهالِكِ شيئًا فحينَئِذٍ يَتحالَفانِ؛ لأنّه رَضيَ أنْ يكونَ الثّمَنُ كُلُّه بمُقابِلةِ القائمِ فيخرجُ الهالِكُ عن العقدِ كأنّه ما وقَعَ العقدُ عليه وإنّما وقَعَ على القيامِ (٥) فيَتحالَفانِ عليه وسَواءٌ كان هَلاكُ المَبيعِ حَقيقةً أو حُكْمًا بأنْ خَرَجَ عن مِلْكِ المُشتري بسببٍ من الأسْبابِ؛ لأنّ الهالِكَ حُكْمًا يُلْحَقُ بالهالِكِ حَقيقةً وقد مَرَّ الاختِلافُ فيه وسَواءٌ خَرَجَ كُلُّه أو بعضُه عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ فخُروجُ البعضِ في المَنْعِ من التّحالُفِ بمنزلةِ خُروجِ الكُلِّ عندَهما؛ لأنّ التّحالُفَ هنا يُؤدّي إلى تفريقِ الصّفْقةِ على البائعِ وهذا لا يجوزُ إلاّ أنْ يَرضَى البائعُ أنْ يَأخُذَ القائمَ وحِصّةَ الخارجِ من الثّمَنِ بقولِ

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «بالخبر».
(٤) في المخطوط: «الحي».
(٥) في المخطوط: «القائم».

المُشتري فحينئِذٍ يَتَحالَفانِ على القائمِ ويَرُدُّ المُشتري ما بَقِيَ في مِلْكِه وعليه حِصّةُ الخارِجِ بقولِه وهذا عند أبي يوسفَ.

فأمّا عند أبي حنيفةَ فلا يَتَحالَفانِ في الأحْوالِ كُلِّها.

وأمّا عند محمّدٍ فيَتَحالَفانِ؛ لأنّ الهلاكَ الحقيقيَّ لا يَمْنَعُ التّحالُفَ عندَه (فالحُكْميُّ أولى) [1] ثم هَلاكُ الكُلِّ حكمًا بأنْ خَرَجَ كُلُّه عن مِلْكِه لا يَمْنَعُ التّحالُفَ فهَلاكُ البعضِ أولى وإذا تَحالَفا عندَه فإنْ [٤/ ٨٣ب] هَلك كُلُّ المَبيعِ بأنْ خَرَجَ كُلُّه عن مِلْكِه يَرُدُّ المُشتري القيمةَ إنْ لم يَكُنْ مثليًا والمثلُ إنْ كان مثليًا.

وإنْ هَلك بعضُه بأنْ خَرَجَ البعضُ [2] عن مِلْكِه دونَ البعضِ يُنْظَرُ إنْ كان المَبيعُ مِمّا في تَبْعيضِه ضررٌ وفي تَشْقيصِه عَيْبٌ فالبائعُ بعدَ التّحالُفِ بالخيارِ إنْ شاء أخذ الباقيَ وقيمةَ الهالِكِ وإنْ شاء تَرَكَ الباقيَ وأخذ قيمةَ الكُلِّ وإنْ كان المَبيعُ مِمّا لا ضررَ في تَبْعيضِه ولا عَيْبَ في تَشْقيصِه فللبائعِ أنْ يَأخُذَ الباقيَ ومثلَ الفائتِ إنْ كان مثليًا وقيمتَه إنْ لم يَكُنْ مثليًا.

ولو خَرَجَتِ السِّلْعةُ عن مِلْكِ المُشتري ثم عادَتْ إليه ثم اختَلَفا في مقدارِ الثّمَنِ نُظِرَ في ذلك إنْ كان العَوْدُ فسخًا بأنْ وجَدَ به عَيْبًا فرَدَّه بقَضاءِ القاضي يَتَحالَفانِ ويَرُدُّ العَيْنَ؛ لأنّ الفسخَ رَفْعٌ من الأصلِ فجُعِلَ كأنّه لم يَكُنْ وإذا لم يَكُنِ العَوْدُ فسخًا [بأنْ كان مِلْكًا جديدًا لا يَتَحالَفانِ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رحمهما الله؛ لأنّ العَوْدَ إذا لم يَكُنْ فسخًا] [3] لا يَتَبَيَّنُ أنّ الهَلاكَ لم يَكُنْ والهَلاكُ يَمْنَعُ التّحالُفَ عندَهما وعند محمّدٍ يَتَحالَفانِ ويَرُدُّ المُشتري القيمةَ لا العَيْنَ.

وكذلك لو لم يخرجِ المَبيعُ عن مِلْكِه لَكِنّه صارَ بحالٍ يَمْنَعُ الرَّدَّ بالعَيْبِ إمّا بالزّيادةِ وإمّا بالنُّقْصانِ أمّا حُكْمُ الزّيادةِ فقد مَرَّ تفصيلُ الكَلامِ فيه وأمّا حُكْمُ النُّقْصانِ فيُخَرّج على هذا الأصلِ؛ لأنّ النُّقْصانَ من بابِ الهَلاكِ فنَقولُ إذا انتقَص [4] المَبيعُ في يَدِ المُشتري ثم اختَلَفا في مقدارِ الثّمَنِ لم يَتَحالَفا عندَهما [5] سَواءٌ كان النُّقْصانُ بآفةٍ سَماويّةٍ أو بفعلِ

---

(١) في المخطوط: «بالحكمي أولاً».
(٢) في المخطوط: «بعضه».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «انتقض».
(٥) في المخطوط: «عند أبي حنيفة وأبي يوسف».

المَبيعِ أو بفعلِ المُشتري أو بفعلِ الأجنَبيِّ أو بفعلِ البائعِ ؛ لأنّ نُقْصانَ المَبيع هَلاكُ جُزْءٍ منه وهَلاكُ الجُزْءِ في المَنْعِ من التّحالُفِ كهَلاكِ الكُلِّ على أصلِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه فلا يَتَحالَفانِ والقولُ قولُ المُشتري إلاّ إذا كان النُّقْصانُ بآفةٍ سَماويّةٍ أو بفعلِ المَبيعِ أو بفعلِ المُشتري ورَضيَ البائعُ أنْ يَأخُذَ المَبيعَ ناقِصًا ولا يَأخُذُ لأجلِ النُّقْصانِ شيئًا فحينَئِذٍ يَتَحالَفانِ ويُترادّانِ وعند محمّدٍ يَتَحالَفانِ ثم البائعُ بعدَ التّحالُفِ بالخيارِ إنْ شاء أخذ المَبيعَ ناقِصًا ولا يَأخُذُ لأجلِ النُّقْصانِ شيئًا وإنْ شاء تَرَكَ وأخذ القيمةَ .

وقال بعضُهم على قولِ محمّدٍ إنِ اختارَ أخْذَ العَيْنِ يَأخُذُ معها النُّقْصانَ كالمقبوضِ بالبيعِ الفاسدِ وإنْ كان النُّقْصانُ بفعلِ الأجنَبيِّ أو بفعلِ البائعِ يَتَحالَفانِ ويَرُدُّ المُشتري القيمةَ عندَه وعندَهما لا يَتَحالَفانِ والقولُ قولُ المُشتري مع يَمينِه هذا إذا اختَلَفا في قدرِ الثّمَنِ فأمّا إذا اختَلَفا في جنسِه بأنْ قال أحدُهما الثّمَنُ عَيْنٌ وقال الآخَرُ هو دينٌ فإنْ كان مُدَّعي العَيْنِ هو البائعَ بأنْ قال للمُشتري بعْت منك جاريَتي بعبدِك هذا .

وقال المُشتري للبائعِ: اشتريْتها منك بألفِ درهَمٍ فإنْ كانت الجاريةُ قائمةً تَحالَفا وتَرادّا لِقولِه ﷺ : **«إذا اختَلَفَ المُتَبايِعانِ والسِّلْعةُ قائمةٌ بعَيْنِها تَحالَفا وتَرادّا»** [1] من غيرِ فصْلٍ بين ما إذا كان الاختِلافُ في قدرِ الثّمَنِ أو في جنسِه .

وإنْ كانت هالِكةً عند المُشتري لا يَتَحالَفانِ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ والقولُ قولُ المُشتري في الثّمَنِ مع يَمينِه ، وعند محمّدٍ يَتَحالَفانِ وهي مسألةُ هَلاكِ السِّلْعةِ وقد مَرَّتْ وإنْ كان مُدَّعي العَيْنِ هو المُشتري بأنْ قال اشتريْت جاريَتَك بعبدي هذا .

وقال البائعُ بعْتها [2] منك بألفِ درهَمٍ أو بمِائةِ دينارٍ فإنْ كانت الجاريةُ قائمةً يَتَحالَفانِ بالنّصِّ وإنْ كانت هالِكةً يَتَحالَفانِ أيضًا إجماعًا ويَرُدُّ المُشتري القيمةَ إمّا على أصلِ محمّدٍ فظاهرٌ ؛ لأنّ هَلاكَ السِّلْعةِ عندَه لا يَمْنَعُ التّحالُفَ وإمّا على أصلِهما ؛ فلأنّ وُجوبَ اليَمينِ [3] على المُشتري ظاهرٌ أيضًا ؛ لأنّ البائعَ يَدَّعي عليه ثَمَنَ الجاريةِ ألفَ درهَمٍ وهو يُنْكِرُ .

[وأمّا وُجوبُ اليَمينِ على البائعِ ؛ فلأنّ المُشتريَ يَدَّعي عليه إلْزامَ العَيْنِ وهو يُنْكِرُ] [4]

---

(١) سبق تخريجه قريبًا.
(٢) في المخطوط : «بعت».
(٣) في المخطوط : «الثمن».
(٤) ليست في المخطوط .

فكان كُلُّ واحدٍ منهما مُدَّعيًا من وجهٍ مُنْكِرًا من وجهٍ فيَتَحالَفانِ ولو كان البائعُ يَدَّعي البعض عَيْنًا والبعضَ دَيْنًا والمُشتري يَدَّعي الكُلَّ دَيْنًا بأنْ قال البائعُ بعْت منك جاريَتي بعبدِك هذا وبِألفِ درهَمٍ.

وقال المُشتري اشتريْت جاريَتَك بألفِ درهَمٍ فإنْ كان المَبيعُ وهو الجاريةُ قائمًا تَحالَفا بالنّصِّ وإنْ كان هالِكًا فهو على الاختِلافِ ولو كان الأمرُ على العَكْسِ [(١)] من ذلك كأنْ [(٢)] يَدَّعيَ البعضَ عَيْنًا والبعضَ دَيْنًا والبائعُ يَدَّعي الكُلَّ دَيْنًا بأنْ قال المُشتري اشتريْت منك جاريَتَك بعبدي هذا وبِألفِ [٤/ ٨٤أ] درهَمٍ وقيمةُ العبدِ خمسُمِائةٍ.

وقال البائعُ بعْتُك [(٣)] جاريَتي هذِه بألفِ درهَمٍ فإنْ كانت الجاريةُ قائمةً تَحالَفا وتَرادّا بالنّصِّ وإنْ كانت هالِكةً يَتَحالَفانِ أيضًا إجماعًا إلاَّ أنّ عندَهما [(٤)] تُقَسَّمُ الجاريةُ على قيمة العبدِ وعلى ألفِ درهَمٍ فما كان بإزاءِ العَيْنِ وهو العبدُ وذلك ثُلُثُ الجاريةِ يَرُدُّ المُشتري القيمةَ وما كان بإزاءِ الدَّيْنِ وهو الألفُ وذلك ثُلُثا الجاريةِ يَرُدُّ ألفَ درهَمٍ ولا يَرُدُّ القيمةَ وإنّما كان كذلك؛ لأنّ المُشتريَ لو كان يَدَّعي كُلَّ [(٥)] الثّمَنِ عَيْنًا كانا يَتَحالَفانِ ويَرُدُّ المُشتري القيمةَ على ما ذَكَرنا.

ولو كان كُلُّ [(٦)] الثّمَنِ دَيْنًا لَكان القولُ قوله ولا يَتَحالَفانِ على ما مَرَّ فإذا كان يَدَّعي بعضَ الثّمَنِ عَيْنًا وبعضَه دَيْنًا يَرُدُّ القيمةَ بإزاءِ العَيْنِ فالقولُ قولُه بإزاءِ الدَّيْنِ اعتِبارًا للبعضِ بالكُلِّ وعند محمّدٍ يَتَحالَفانِ ويَرُدُّ المُشتري جميعَ الثّمَنِ والله أعلم.

هذا إذا اختَلَفا في جنسِ الثّمَنِ فأمّا إذا اختَلَفا في وقتِه وهو الأجَلُ مع اتِّفاقِهما على قدرِه وجنسِه فنَقولُ هذا لا يخلو من أربعَةِ [(٧)] أوجُهٍ إمّا أنِ اختَلَفا في أصلِ الأجَلِ وإمّا أنِ اختَلَفا في قدرِه وإمّا أنِ اختَلَفا في مُضيِّه وإمّا أنِ اختَلَفا في قدرِه ومُضيِّه جميعًا فإنِ اختَلَفا في أصلِه لا يَتَحالَفانِ والقولُ قولُ البائعِ مع يَمينِه؛ لأنّ الأجَلَ أمرٌ يُسْتَفادُ من قِبَلِه وهو مُنْكِرٌ لِوُجودِه؛ ولأنّ الأصلَ في الثّمَنِ هو الحُلولُ والتّأجيلُ عارِضٌ فكان القولَ قولَ مَنْ

(١) في المخطوط: «القلب».
(٢) في المخطوط: «بأن كان المشتري».
(٣) في المخطوط: «بعت منك».
(٤) في المخطوط: «عند أبي حنيفة وأبي يوسف».
(٥) في المخطوط: «جميع».
(٦) في المخطوط: «يدعى جميع».
(٧) في المخطوط: «ثلاثة».

يَدَّعي الأصلَ وإنِ اختَلَفا في قدرِه فالقولُ قولُه أيضًا لِما قُلْنا.

وإنِ اختَلَفا في مُضيِّه مع اتِّفاقِهما على أصلِه وقدرِه فالقولُ قولُ المُشتري أنّه لم يَمْضِ؛ لأنّ الأجَلَ صارَ حَقًّا له بتَصادُقِهما فكان القولُ فيه قوله وإنِ اختَلَفا في القدرِ والمُضيِّ جميعًا فقال البائعُ: الأجَلُ شَهْرٌ وقد مَضَى، وقال المُشتري: شَهْرانِ ولم يَمْضيا فالقولُ قولُ البائعِ في القدرِ والقولُ قولُ المُشتري في المُضيِّ فيُجْعَلُ الأجَلُ شَهْرًا لم يَمْضِ؛ لأنّ الظّاهرَ يَشْهَدُ للبائعِ في القدرِ وللمُشتري في المُضيِّ على ما مَرَّ والله أعلم.

هذا إذا هَلك المَبيعُ كُلُّه أو بعضُه حَقيقةً أو حُكْمًا فأمّا إذا هَلك العاقِدانِ أو أحدُهما والمَبيعُ قائمٌ فاختَلَفَ ورَثَتُهما أو الحيُّ منهما ووَرَثةُ المَيِّتِ فإنْ كانت السِّلْعةُ غيرَ مقبوضةٍ تَحالَفا وتَرادّا؛ لأنّ للقبضِ شَبَهًا بالعقدِ فكان قبضُ المَعْقودِ عليه من الوارِثِ بمنزلةِ ابْتِداءِ العقدِ منه فيجْري بينهما [(١)] التّحالُفُ إلاّ أنّ الوارِثَ يَحْلِفُ على العِلْمِ لا على البَتاتِ؛ لأنّه يَحْلِفُ على فعلِ الغيرِ ولا عِلْمَ له به وإنْ كانت السِّلْعةُ مقبوضةً فلا تَحالُفَ عندَهما [(٢)] والقولُ قولُ المُشتري أو ورَثَتِه بعدَ موتِه وعند محمّدٍ يَتَحالَفانِ.

والأصلُ أنّ هَلاكَ العاقِدِ بعدَ قبضِ المَعْقودِ عليه كهَلاكِ المَعْقودِ عليه وهَلاكُ المَعْقودِ عليه يَمْنَعُ التّحالُفَ عندَهما فكذا هَلاكُ العاقِدِ وعند محمّدٍ ذلك لا يَمْنَعُ من التّحالُفِ كذا هذا.

والصّحيحُ قولُهما؛ لأنّ الخبرَ المشهورَ يَمْنَعُ من التّحالُفِ لَكنّا عَرَفْناه بنَصٍّ خاصٍّ حالَ قيامِ العاقِدَيْنِ؛ لأنّه يوجِبُ [(٣)] تَحالُفَ المُتَبايِعَيْنِ والمُتَبايِعُ مَنْ وُجِدَ منه فعلُ البيعِ ولم يوجَدْ من الوارِثِ حَقيقةً فبَقيَ التّحالُفُ بعدَ هَلاكِهما أو هَلاكِ أحدِهما مَنْفيًّا بالخبرِ المشهورِ والله أعلم.

هذا إذا اختَلَفا في الثّمَنِ أمّا إذا اختَلَفا في المَبيعِ فنَقولُ لا يخلو المَبيعُ من أنْ يكونَ عَيْنًا أو دَيْنًا وهو المُسَلَّمُ فيه فإنْ كان عَيْنًا فاختَلَفا في جنسِه أو في قدرِه بأنْ قال البائعُ: بِعْت منك هذا العبدَ بألفِ درهَمٍ، وقال المُشتري: اشتريْت منك هذه الجارِيةَ بألفِ درهَمٍ أو قال البائعُ: بِعْت منك هذا العبدَ بألفِ درهَمٍ، وقال المُشتري: اشتريْت منك هذا العبدَ مع

---

(١) في المخطوط: «بينهم».

(٢) في المخطوط: «عند أبي حنيفة وأبي يوسف».

(٣) في المخطوط: «أوجب».

هذِه الجاريةِ بألفِ درهَمٍ تَحالَفا وتَرادّا لِقولِهِ ﷺ: «إذا اختَلَفَ المُتَبايِعانِ تَحالَفا وتَرادّا».

وإنْ كان دَيْنًا وهو المُسلمُ فيه فاختَلَفا (فنَقولُ: اختِلافُهما) [1] في الأصلِ لا يخلو من ثلاثةِ أوجُهٍ (إمّا) أنِ اختَلَفا في المُسَلمِ فيه مع اتِّفاقِهما على رَأسِ المالِ (وإمّا) أنِ اختَلَفا في رَأسِ المالِ مع اتِّفاقِهما في المُسَلمِ فيه.

(وإمّا) أنِ اختَلَفا فيهما جميعًا فإنِ اختَلَفا في المُسَلمِ فيه مع اتِّفاقِهما على رَأس المالِ (فإمّا) أنِ اختَلَفا في جنسِ المُسَلمِ فيه (وإمّا) أنِ اختَلَفا في قدرِه (وإمّا) أنِ اختَلَفا في صِفَتِه (وإمّا) أنِ اختَلَفا في مَكانِ إيفائه (وإمّا) أنِ اختَلَفا في وقتِه وهو الأجَلُ فإنِ اختَلَفا في جنسِه [٤/ ٨٤ب] أو قدرِه أو صِفَتِه تَحالَفا وتَرادّا؛ لأنّ هذا اختِلافٌ في المَعْقودِ عليه وأنّه يوجِبُ التّحالُفَ بالنّصِّ والذي يَبْدَأُ باليَمينِ هو المسلمُ إليه في قولِ أبي حنيفةَ وهو قولُ أبي يوسفَ الأوّلُ وفي قولِه الآخَرِ وهو قولُ محمّدٍ هو رَبُّ السَّلَمِ.

(وجه) قولِهما أنّ الابْتِداءَ باليَمينِ من المُشتري كما في بيعِ العَيْنِ ورَبُّ السَّلَمِ هو المُشتري فكانت البِدايةُ بِهِ.

ولأبي حنيفةَ رحمه الله أنّ اليَمينَ على المُنْكِرِ والمُنْكِرُ هو المُسَلمُ إليه ولا إنْكارَ مع [2] رَبِّ السَّلَمِ فكان يَنْبَغي أنْ لا يَحْلِفَ أصلاً إلاّ أنّ التّحْليفَ في جانِبِه ثَبَتَ بالنّصِّ.

وقد رويَ عن أبي يوسفَ أيضًا أنّه قال أيُّهما بَدَأ بالدَّعْوَى يَسْتَحْلِفُ الآخَرُ؛ لأنّه صارَ مُدَّعًى عليه وهو مُنْكِرٌ.

وقال بعضهم: التّعْيينُ إلى القاضي يَبْدَأُ بأيِّهما شاء وإنْ شاء أقرَعَ بينهما فيَبْدَأُ بالذي خَرَجَتْ قُرْعَتُه.

ولو اختَلَفا في مَكانِ إيفاءِ المُسَلم فيه فقال رَبُّ السَّلَمِ: شَرَطْت عليك الإيفاءَ في مَكانِ كذا، وقال المُسَلمُ إليه: بل شَرَطْت لَك الإيفاءَ في مَكانِ كذا فالقولُ قولُ المُسَلم إليه ولا يَتَحالَفانِ عند أبي حنيفةَ وعندَهما يَتَحالَفانِ بناءً على أنّ مَكان العقدِ لا يَتَعَيَّنُ مَكانُ الإيفاءِ عندَه حتى كان تَرْكُ بيانِ مَكانِ الإيفاءِ مُفْسِدًا لِلسَّلَمِ عندَه فلم يدخلْ مَكانُ الإيفاءِ في العقدِ بنفسِه بل بالشّرطِ والاختِلافُ فيما لا يدخلُ في العقدِ إلاّ بالشّرطِ لا يوجِبُ التّحالُفَ

---

(١) في المخطوط: «فاختلافهما».

(٢) في المخطوط: «من».

كالأجَلِ وعندَهما مَكانُ العقدِ يَتَعَيَّنُ مَكانًا للإيفاءِ حتى لا يَفْسُدَ السَّلَمُ بتَرْكِ بيانِ مَكانِ الإيفاءِ عندَهما فكان المَكانُ داخِلاً في العقدِ من غيرِ شرطٍ فيوجِبُ التّحالُفَ والله أعلم.

وإنِ اختَلَفا في وقتِ المُسَلمِ فيه وهو الأجَلُ فنَقولُ لا يخلو (إمّا) أنِ اختَلَفا في أصلِ الأجَلِ وإمّا أنِ اختَلَفا في قدرِه (وإمّا) أنِ اختَلَفا في مُضيِّه (وإمّا) أنِ اختَلَفا في قدرِه ومُضيِّه جميعًا فإنِ اختَلَفا في أصلِ الأجَلِ لم يَتَحالَفا عند أصحابِنا الثّلاثةِ وعند زُفَرَ تَحالَفا وتَرادّا واحتَجَّ بإطْلاقِ قولِه ﷺ: «إذا اختَلَفَ المُتَبايِعانِ تَحالَفا وتَرادّا»؛ ولأنّ الاختِلافَ في أصلِ [1] المُسَلمِ فيه كالاختِلافِ [2] في صِفَتِه ألا تَرَى أنّه لا صِحّةَ لِلسَّلَمِ [3] بدونِ الأجَلِ كما لا صِحّةَ له بدونِ الوصْفِ فصارَ الأجَلُ وصْفًا للمَعْقودِ عليه شرعًا فيوجِبُ التّحالُفَ.

(ولَنا) أنّ الأجَلَ ليس بمَعْقودٍ عليه والاختِلافُ فيما ليس بمَعْقودٍ عليه لا يوجِبُ التّحالُفَ بخلافِ الاختِلافِ في الصِّفةِ؛ لأنّ الصِّفةَ في الدَّيْنِ مَعْقودٌ عليه كالأجَلِ [4] والاختِلافُ في الأجَلِ [5] يوجِبُ التّحالُفَ فكذا في الصِّفةِ وإذا لم يَتَحالَفا فإنْ كان مُدَّعي الأجَلِ هو رَبُّ السَّلَمِ فالقولُ قولُه ويجوزُ السَّلَمُ؛ لأنّه يَدَّعي صِحّةَ العقدِ والمُسَلمُ إليه يَدَّعي الفسادَ والقولُ قولُ مُدَّعي [6] الصِّحّةِ؛ ولأنّ المُسَلمَ إليه مُتَعَنِّتٌ في إنْكارِ الأجَلِ؛ لأنّه يَنْفَعُه والمُتَعَنِّتُ لا قولَ له وإنْ كان هو المُسَلَّمَ إليه فالقولُ قولُه عند أبي حنيفةَ ويجوزُ السَّلَمُ استحسانًا والقياسُ أنْ يكونَ القولُ قولَ رَبِّ السَّلَمِ ويَفْسُدُ السَّلَمُ وهو قولُهما.

(وجه) القياس أنّ الأجَلَ أمرٌ [به] [7] يُسْتَفادُ من قِبَلِ رَبِّ السَّلَمِ حَقًّا عليه شرعًا وأنّه مُنْكِرٌ ثُبوتَه والقولُ قولُ المُنْكِرِ في الشّرعِ.

(وجه) الاستحسانِ أنّ المُسَلَّمَ إليه بدَعْوَى الأجَلِ يَدَّعي صِحّةَ العقدِ ورَبُّ السَّلَمِ بالإنْكارِ يَدَّعي فسادَه فكان القولُ قولَ مَنْ يَدَّعي الصِّحّةَ؛ لأنّ الظّاهرَ شاهدٌ له إذِ الظّاهرُ من حالِ المُسَلمِ اجتِنابُ المَعْصيةِ ومُباشَرةُ العقدِ الفاسدِ مَعْصيةٌ وإذا كان القولُ قوله في أصلِ الأجَلِ كان القولُ قوله في مقدارِ الأجَلِ أيضًا.

---

(١) في المخطوط: «أجل».
(٢) في المخطوط: «بمنزلة الاختلاف».
(٣) في المخطوط: «للمسلم فيه».
(٤) في المخطوط: «في الأصل».
(٥) في المخطوط: «الأصل».
(٦) في المخطوط: «من يدعي».
(٧) زيادة من المخطوط.

وقال بعضُهم القولُ قولُه إلى شَهْرٍ؛ لأنّه أدْنَى الآجالِ فأمّا الزّيادةُ على شَهْرٍ فلا تَثْبُتُ إلاّ بالبَيِّنةِ وإنِ اختلَفا في قدرِه لم يَتَحالَفا عندَنا خلافًا لِزُفَرَ والقولُ قولُ رَبِّ السَّلَمِ لِما ذَكَرنا أنّ الأجَلَ أمرٌ يُسْتَفادُ من قِبَلِه فيرجعُ في بيانِ القدرِ إليه.

وإنِ اختلَفا في مُضيِّه فالقولُ قولُ المُسَلمِ إليه وصورَتُه إذا قال رَبُّ السَّلَم كان الأجَلُ (١) شَهْرًا وقد مَضَى وقال المُسَلمُ إليه: كان شَهْرًا ولم يَمْضِ و(إنْ أخَذْتَ) (٢) السَّلَمَ السّاعةَ [وإنما] (٣) كان القولُ قولَ المُسَلمِ إليه؛ لأنّهما لَمّا تَصادَقا على أصلِ الأجَلِ وقدرِه فقد صارَ الأجَلُ حَقًّا للمُسلمِ إليه فكان القولُ في المُضيِّ قوله وإنِ اختلَفا في قدرِه ومُضيِّه جميعًا فالقولُ قولُ رَبِّ السَّلَمِ في القدرِ وقولُ المُسَلمِ إليه في المعنى (٤)؛ لأنّ الظّاهرَ يَشْهَدُ لِرَبِّ السَّلَمِ في القدرِ وللمُسَلمِ إليه في [٤/ ٨٥أ] المُضيِّ والله أعلم.

هذا إذا اختلَفا في المُسَلمِ فيه مع اتِّفاقِهما على رَأسِ المالِ فأمّا إذا اختلَفا في رَأسِ المالِ مع اتِّفاقِهما في المُسَلمِ فيه تَحالَفا وتَرادّا أيضًا سَواءٌ اختلَفا في جنسِ رَأسِ المالِ أو قدرِه أو صِفَتِه لِما قُلْنا في الاختِلافِ في المُسَلمِ فيه إلاّ أنّ الذي يَبْدَأُ باليَمينِ ههنا هو رَبُّ السَّلَمِ في قولِهم جميعًا؛ لأنّه المُشتري وهو المُنْكِرُ أيضًا وإنِ اختلَفا فيهما جميعًا فكذلك تَحالَفا وتَرادّا؛ لأنّهما اختلَفا في المَبيعِ والثّمنِ والاختِلافُ في أحدِهما يوجِبُ التّحالُفَ ففيهما أولى والقاضي يَبْدَأُ باليَمينِ بأيِّهما شاء، واللّهُ سبحانه وتعالى أعلمُ.

فصل [في حكم الملك والحق الثابت في المحل]

وَأمّا بيانُ حُكْمِ المِلْكِ والحقِّ الثّابِتِ في المَحِلِّ فنقولُ وباللّه التّوْفيقُ:

حُكْمُ المِلْكِ وِلايةُ التّصَرُّفِ للمالِكِ في المملوكِ باختيارِه ليس لأحدٍ وِلايةُ الجبْرِ عليه إلاّ لِضرورةٍ ولا لأحدٍ وِلايةُ المَنْعِ عنه وإنْ كان يَتَضرَّرُ به إلاّ إذا تَعَلَّقَ به حَقُّ الغيرِ فيُمْنَعُ عن التّصَرُّفِ من غيرِ رِضا صاحبِ الحقِّ وغيرُ المالِكِ لا يكونُ له التّصَرُّفُ في مِلْكِه من غيرِ إذنِه ورِضاه إلاّ لِضرورةٍ وكذلك حُكْمُ الحقِّ الثّابِتِ في المَحِلِّ [الثابت] (٥).

---

(١) في المخطوط: «الأصل».

(٢) في المخطوط: «إنما أحدث».

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) في المخطوط: «المضي».

(٥) زيادة من المخطوط.

إذا عرف هذا فنقول: للمالِكِ أنْ يَتصرَّفَ في مِلْكِه أيَّ تَصرُّفٍ شاء سَواءٌ كان تَصرُّفًا يَتعدَّى ضررُه إلى غيرِه أو لا يَتعدَّى فلَه أنْ يَبنيَ في مِلْكِه (مِرْحاضًا أو حَمّامًا أو رَحًى أو تَنورًا) [١] وله أنْ يُقْعِدَ في بنائه حَدّادًا أو قَصّارًا وله أنْ يَحْفِرَ في مِلْكِه بئرًا أو بالوعةً أو ديماسًا [٢] وإنْ كان يُهِنّ من ذلك البِناءِ ويَتأذّى به جارُه وليس لِجارِه أنْ يَمْنَعَه حتى لو طَلَب جارُه تَحْويلَ ذلك لم يُجْبَرْ عليه؛ لأنّ المِلْكَ مُطْلَقٌ لِلتَّصرُّفِ في الأصلِ والمَنْعُ منه لِعارِضِ تَعلُّقِ حَقِّ الغيرِ فإذا لم يوجَدِ التَّعلُّقُ لا يَمْنَعُ إلاّ أنّ الامتِناعَ عَمّا يُؤذي الجارَ دِيانةً واجبٌ للحَديثِ قال ﷺ: «المُؤمِنُ مَن أمن جارُه [بَوائقه] [٣]» ولو فعَلَ شيئًا من ذلك حتى وهَنَ البِناءُ وسَقَطَ حائطُ الجارِ لا يَضْمَنُ؛ لأنّه لا صُنْعَ منه في مِلْكِ الغيرِ.

وعلى هذا سُفْلٌ لِرجلٍ وعليه عُلوٌّ لِغيرِه انهَدَما لم يُجْبَرْ صاحبُ السُّفْلِ على بناءِ السُّفْلِ؛ لأنه مِلْكُه والإنسانُ لا يُجْبَرُ على عِمارةِ مِلْكِ نفسِه ولَكِنْ يُقالُ لِصاحبِ العُلوِّ إنْ شِئْت فابن السُّفْلَ من مالِ نفسِك وضَعْ عليه عُلوّكَ ثم امنَعْ صاحبَ السُّفْلِ عن الانتِفاعِ بالسُّفْلِ حتى يَرُدَّ عليك قيمةَ البِناءِ مَبنيًا؛ لأنّ البِناءَ وإنْ كان تَصرُّفًا في مِلْكِ الغيرِ لَكِنّ فيه ضرورةً؛ لأنه لا يُمْكِنُه الانتِفاعُ بمِلْكِ نفسِه إلاّ بالتّصرُّفِ في مِلْكِ غيرِه فصارَ [٤] مُطْلَقًا له شرعًا وله حَقُّ الرُّجوعِ بقيمةِ البِناءِ مَبنيًا؛ لأنّ البِناءَ مِلْكُه لِحُصولِه بإذنِ الشّرعِ وإطْلاقِه فلَه أنْ لا يُمَكِّنَه من الانتِفاعِ بمِلْكِه إلاّ ببَدَلٍ يَعْدِلُه وهو القيمةُ.

وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرِ الطَّحاويِّ أنّ في ظاهِرِ الرِّوايةِ يرجِعُ بما أنْفَقَه وكذا ذَكَرَ الخصّافُ أنّه يرجِعُ بما أنْفَقَ؛ لأنّه لَمّا لم يَقْدر على الانتِفاعِ بالعُلوِّ إلاّ بِبناءِ السُّفْلِ ولا ضرَرَ لِصاحبِ السُّفْلِ في بنائه بل فيه نَفْعٌ صارَ مَأذونًا بالإنْفاقِ من قِبَلِه دَلالةً فكان له حَقُّ الرُّجوعِ بما أنْفَقَ وهذا بخلافِ البِئْرِ المُشترَكِ [٥] والدّولابِ المُشترَكِ والحمّامِ المُشترَكِ ونحوِ ذلك إذا خَرِبَتْ فامتَنَعَ أحدُهما عن العِمارةِ أنّه يُجْبَرُ الآخَرُ على العِمارةِ؛ لأنّ هناك ضرورةً؛ لأنّه لا يُمْكِنُ الانتِفاعُ به بواسطةِ القسمةِ؛ لأنّه لا يحتملُ القسمةَ والتّرْكَ لِذلك تَعْطيلُ المِلْكِ وفيه ضرَرٌ بهما فكان الذي أبَى العِمارةَ مُتعَنِّتًا مَحْضًا في الامتِناعِ [٦] فيَدْفَعُ

---

(١) في المخطوط: «مخرجًا أو تنورًا أو حمامًا أو رحًى».
(٢) الديماس: الحَمّام. انظر: اللسان (٦/ ٨٨).
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «وكان».
(٥) في المخطوط: «المشتركة».
(٦) في المخطوط: «الإباء».

تَعَنُّته بالجبْرِ على العِمارةِ، هذا إذا انهدَما بأنْفُسِهما فأمّا إذا هَدَمَ صاحبُ السُّفْلِ سُفْلَه حتى انهَدَمَ العُلوُّ يُجْبَرُ على إعادَتِه؛ لأنّه أتْلَفَ حَقَّ صاحبِ العُلوِّ بإتْلافِ مَحِلِّه ويُمْكِنُ جَبْرُه بالإعادةِ (فتَجِبُ عليه) (١) إعادَتُه.

وعلى هذا حائطٌ بين دارَيْنِ انهَدَمَ ولهما عليه جُذوعٌ لم يُجْبَرْ واحدٌ منهما على بنائه لِما قُلْنا ولَكِنْ إذا أبَى أحدُهما البِناءَ يُقالُ للآخَرِ إنْ شِئْت فابنِ من مالِ نفسِك وضَعْ خَشَبَك عليه وامنَعْ صاحبَك من الوضْعِ حتى يَرُدَّ عليك نصفَ قيمةِ البِناءِ مَبنيًّا أو نصفَ ما أنْفَقْته (٢) على حَسْبِ ما ذَكَرنا في السُّفْلِ والعُلوِّ.

وقيلَ: إنّما يرجعُ إذا لم يَكُنْ موضِعُ الحائطِ عَريضًا ولا يُمَكِّنُ كُلُّ واحدٍ منهما أنْ يَبنيَ حائطًا على حِدةٍ في نَصِيبِه [بعدَ القسمةِ.

(فأمّا) إذا كان عَريضًا يُمْكِنُ قسمَتُه وأنْ يَبنيَ كُلُّ واحدٍ منهما في نَصيبه] (٣) حائطًا يَصْلُحُ لِوَضْعِ الجُذوعِ عليه فبَناه كما كان بغيرِ إذنِ صاحبه لا يكونُ له حَقُّ الرُّجوعِ على صاحبه بل يكونُ مُتَبَرِّعًا؛ لأنّه يَبني (٤) مِلْكَ غيرِه بغيرِ إذنِه من غيرِ ضرورةٍ فكان مُتَبَرِّعًا فلا يرجعُ عليه بشيءٍ.

ولو أرادَ أحدُهما [٤/ ٨٥ب] قسمةَ عُرْضَةِ (٥) الحائطِ لم تُقْسَمْ إلاّ عن تَراضٍ منهما بالقسمةِ؛ لأنّ لِكُلِّ واحدٍ منهما عليه حَقَّ وضْعِ الخشَبِ وفي القسمةِ جَبْرًا إبطالُ حَقِّ الآخَرِ من غيرِ رِضاه وهذا لا يجوزُ ويُحْتَمَلُ أنْ يُقال هذا إذا لم يَكُنْ عَريضًا فإنْ كان يُقْسَمُ قسمةَ جَبْرٍ؛ لأنّه لا يَتَضَمَّنُ إبطالَ حَقِّ الغيرِ ولو كانت الجُذوعُ عليه لأحدِهما فطَلَب أحدُهما القسمةَ وأبَى الآخَرُ فإنْ كان الطّالِبُ صاحبَ الجُذوعِ يُجْبَرُ الآخَرُ على القسمةِ؛ لأنّه في الانتِفاعِ مُتَعَنِّتٌ وإنّما الحقُّ لِصاحبِ الجُذوعِ وقد رَضيَ بسُقوطِ حَقِّه.

وإنْ كان الطّالِبُ مَنْ لا جِذْعَ له لا يُجْبَرُ صاحبُ الجُذوعِ (٦) على القسمةِ؛ لأنّ فيه إبطالَ حَقِّه في وضْعِ الجُذوعِ فلا يجوزُ من غيرِ رِضاه ولو هَدَمَ الحائطَ أحدُهما يُجْبَرُ على إعادَتِه لِما ذَكَرنا أنّه أتْلَفَ مَحَلَّ حَقِّ أحدِهما فيجبُ جَبْرُه (٧) على الإعادةِ.

---

(١) في المخطوط: «فيجبر على».
(٢) في المخطوط: «أنفق».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «بنى».
(٥) في المخطوط: «عرض».
(٦) في المخطوط: «الجذع».
(٧) زاد في المخطوط: «بالجبر».

وعلى هذا سُفْلٌ لِرجلٍ وعليه عُلوٌّ لِغيرِه فأرادَ صاحبُ السُّفْلِ أنْ [يهدم السفل أو] (١) يَفْتَحَ بابًا أو يُثْبِتَ (٢) كوّةً أو يَحْفِرَ طاقًا أو يَقُدَّ وتِدًا على الحائطِ أو يَتَصَرَّفَ فيه تَصرُّفًا لم يَكُنْ [له] (٣) قبلَ ذلك ليس له ذلك من غيرِ رِضا صاحبِ العُلوِّ سَواءٌ أضرَّ ذلك بالعُلوِّ بأنْ أوجَبَ وهَنَ الحائطِ أو لم يَضُرَّ به عند أبي حنيفةَ رحمه الله وعندَهما (٤) له ذلك إنْ لم يَضُرَّ بالعُلوِّ.

ولو أرادَ صاحبُ السُّفْلِ أنْ يَحْفِرَ في سُفْلِه بئرًا أو بالوعةً أو سِرْدابًا فلَه ذلك من غيرِ رِضا صاحبِ العُلوِّ إجماعًا وكذا إيقادُ النّارِ لِلطَّبْخِ أو للخَبْزِ وصَبُّ الماءِ للغُسْلِ أو (٥) للوُضوءِ بالاتِّفاقِ.

وعلى هذا الاختِلافُ لو أرادَ صاحبُ العُلوِّ أنْ يُحْدِثَ على عُلوِّه بناءً أو يَضَعَ جُذوعًا لم يَكُنْ قبلَ ذلك أو يَشْرَعَ فيه بابًا أو كنيفًا لم يَكُنْ قبلَه ليس له ذلك عند أبي حنيفةَ سَواءٌ أضرَّ بالسُّفْلِ أو لا وعندَهما له أنْ يَفْعَلَ ذلك ما لم يَضُرَّ بالسُّفْلِ وله إيقادُ النّارِ وصَبُّ الماءِ للوُضوءِ والغُسْلِ إجماعًا منهم مَنْ قال لا خلافَ بينهم في الحقيقةِ وقولُهما تفسيرُ قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله ومنهم مَنْ حَقَّقَ الخلافَ.

(وجه) قولِهما أنّ صاحبَ السُّفْلِ يَتَصَرَّفُ (٦) في مِلْكِ نفسِه فلا يُمْنَعُ إلاّ لِحَقِّ الغيرِ وحَقُّ الغيرِ لا يَمْنَعُ من التّصَرُّفِ لَعَيْنِه بل لِما يَتَضرَّرُ به صاحبُ الحقِّ.

ألا تَرَى أنّ الإنسانَ لا يُمْنَعُ من الاستِظْلالِ بجِدارِ غيرِه ومن الاصْطِلاءِ بنارِ غيرِه لانعِدامِ تَضرُّرِ المالِكِ والخلافُ هنا في تَصرُّفٍ لا يَضُرُّ بصاحبِ العُلوِّ فلا يُمْنَعُ عنه.

ولأبي حنيفةَ رحمه الله أنّ حُرْمةَ التّصَرُّفِ في مِلْكِ الغيرِ وحَقِّه لا يَقِفُ على الضَّرَرِ بل هو حَرامٌ سَواءٌ تَضرَّرَ به أم لا.

ألا تَرَى أنّ نَقْلَ المِرْآةِ والمبحار من دارِ المالِكِ إلى موضِعٍ آخَرَ حَرامٌ وإنْ كان لا يَتَضرَّرُ به المالِكُ. والدَّليلُ عليه أنّه يُباحُ (٧) التّصَرُّفُ في مِلْكِ الغيرِ وحَقِّه برِضاه، ولو

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «ينقب».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «وعند أبي يوسف ومحمد».
(٥) في المخطوط: «و».
(٦) في المخطوط: «متصرف».
(٧) في المخطوط: «مباح».

كانت الحُرْمةُ لِما يَلْحقُه من الضَّرَرِ لَما أُبيحَ؛ لأنّ الضَّرَرَ لا يَنْعَدِمُ بِرِضا المالِكِ وصاحب الحقِّ دَلَّ أنّ التّصَرُّفَ في مِلْكِ الغيرِ وحَقِّه حَرامٌ أضرَّ بالمالِكِ أو لا.

وهنا حَقٌّ لِصاحبِ [١] العُلوِّ مُتَعلِّقٌ بالسُّفْلِ فيَحْرُمُ التّصَرُّفُ فيه إلاّ بإذنِه ورِضاه بخلافِ ما (ضرَبنا من المِثالِ) [٢] وهو الاستِظْلالُ بجِدارِ غيرِه والاصْطِلاءُ بنارِ غيرِه؛ لأنّ ذلك ليس تَصَرُّفًا في مِلْكِ الغيرِ وحَقِّه إذْ لا أثَرَ لِذلك مُتَّصِلٌ بمِلْكِ الغيرِ وحَقِّه وهنا بخلافِه.

وعلى هذا إذا كان مَسيلُ ماءٍ في قَناةٍ فأرادَ صاحبُ القَناةِ أنْ يجْعَلَه ميزابًا أو كان ميزابًا فأرادَ أنْ يجْعَلَه قَناةً ليس له ذلك.

وكذلك لو أرادَ أنْ يجْعَلَ ميزابًا أطْوَلَ من ميزابه أو أعرَضَ أو أرادَ أنْ يَسيلَ ماءُ سَطْحٍ آخَرَ في ذلك الميزابِ لم يَكُنْ له ذلك؛ لأنّ صاحبَ الحقِّ لا يَمْلِكُ التّصَرُّفَ زيادةً على حَقِّه.

وكذلك لو أرادَ أهلُ الدّارِ أنْ يَبنوا حائطًا لِيَسُدّوا مَسيلَه أو أرادوا أنْ يَنْقُلوا الميزابَ عن موضِعِه أو يَرْفَعوه أو يُسْفِلوه لم يَكُنْ لهم ذلك؛ لأنّ ذلك تَصَرُّفٌ في حَقِّ الغيرِ بالإبْطالِ والتّغْييرِ فلا يجوزُ من غيرِ رِضا صاحبِ الحقِّ.

ولو بَنَى أصلَ [٣] الدّارِ لِتسييلِ ميزابه على ظُهْرِه فلَهم ذلك؛ لأنّ مقصودَ صاحبِ الميزابِ حاصِلٌ في الحالينِ.

دارٌ لِرجلٍ فيها طريقٌ فأرادَ أهلُ الدّارِ أنْ يبنوا في ساحةِ الدّارِ [ما يَقْطَعُ طريقَه ليس لهم ذلك؛ لأنّ فيه إبطالَ حَقِّ المُرورِ ويَنْبَغي أنْ يَتْرُكوا في ساحةِ الدّارِ] [٤] عَرْضَ بابِ الدّارِ؛ لأنّ عَرْضَ الطّريقِ (مُقَدَّرٌ بعَرْضِ) [٥] بابِ الدّارِ ولو أرادَ رجلٌ أنْ يَشْرَعَ إلى الطّريقِ جَناحًا أو ميزابًا (فنَقولُ: هذا) [٦] في الأصلِ لا يخلو من أحدِ وجهَيْنِ: إمّا أنْ كانت السِّكّةُ نافِذةً، وإمّا أنْ كانت غيرَ نافِذةٍ.

فإنْ كانت نافِذةً فإنّه يَنْظُرُ [٤/ ١٨٦أ] إنْ كان ذلك مِمّا يَضُرُّ بالمارّينَ فلا يَحِلُّ له أنْ يَفْعَلَ ذلك في دينِه لِقولِه ﷺ: «لا ضررَ ولا ضِرارَ في الإسلامِ» [٧] ولو فعَلَ ذلك

---

(١) في المخطوط: «صاحب».
(٢) في المخطوط: «ضرب من المال».
(٣) في المخطوط: «أهل».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «يتقرر بقدر عرض».
(٦) في المخطوط: «فهذا».
(٧) صحيح: أخرجه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، برقم (٢٣٤٠) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه، وانظر صحيح ابن ماجه.

فلِكُلِّ واحدٍ [١] أنْ يُقْلِعَ عليه ذلك.

وإنْ كان ذلك مِمّا لا يَضُرُّ بالمارّينَ حَلَّ له الانتِفاعُ به ما لم يَتَقَدَّمْ إليه أحدٌ بالرَّفْعِ والنَّقْضِ فإذا تَقَدَّمَ إليه واحدٌ من عُرْضِ النّاس لا يَحِلُّ له الانتِفاعُ به بعدَ ذلك عند أبي حنيفةَ رحمه الله وعندَهما يَحِلُّ له الانتِفاعُ [به] [٢] قبلَ التّقَدُّمِ وبعدَه.

وكذلك هذا الحُكْمُ في غَرْسِ الأشجارِ وبِناءُ الدَّكاكين والجُلوسِ للبيعِ والشِّراءِ على قارِعةِ الطَّريقِ.

(وجه) قولِهما ما ذَكَرنا أنّ حُرْمةَ التّصَرُّفِ في حَقِّ الغيرِ ليس [٣] لَعَيْنِه بل لِلتَّحَرُّزِ عن الضَّرَرِ ولا ضِرارَ [٤] بالمارّةِ فاستَوَى فيه حالُ ما قبلَ التّقَدُّمِ وبعدَه ولأبي حنيفةَ رحمه الله أنّ إشْراعَ الجناح والميزابِ إلى (طريقِ العامّة) [٥] تَصَرُّفٌ في حَقِّهم؛ لأنّ هَواءَ البقْعةِ في حُكْمِ البقْعةِ والبقْعةُ حَقُّهم فكذا هَواؤُها فكان الانتِفاعُ بذلك تَصَرُّفًا في حَقِّ الغيرِ وقد مَرَّ أنّ التّصَرُّفَ في حَقِّ الغيرِ بغيرِ إذنِه حَرامٌ سَواءٌ أضرَّ به أو لا إلاّ أنّه حَلَّ له الانتِفاعُ بذلك قبلَ التّقَدُّمِ لِوُجودِ الإذنِ منهم دَلالةً وهي تَرْكُ التّقَدُّمِ بالنَّقْضِ والتّصَرُّفُ في حَقِّ الإنسانِ بإذنِه مُباحٌ فإذا وقَعَتِ المُطالَبةُ بصَريحِ النَّقْضِ بَطَلَتِ الدَّلالةُ فبَقِيَ الانتِفاعُ بالمَبنَى تَصَرُّفًا في حَقٍّ مُشتَرَكٍ بين الكُلِّ من غيرِ إذنِهم ورِضاهم فلا يَحِلُّ.

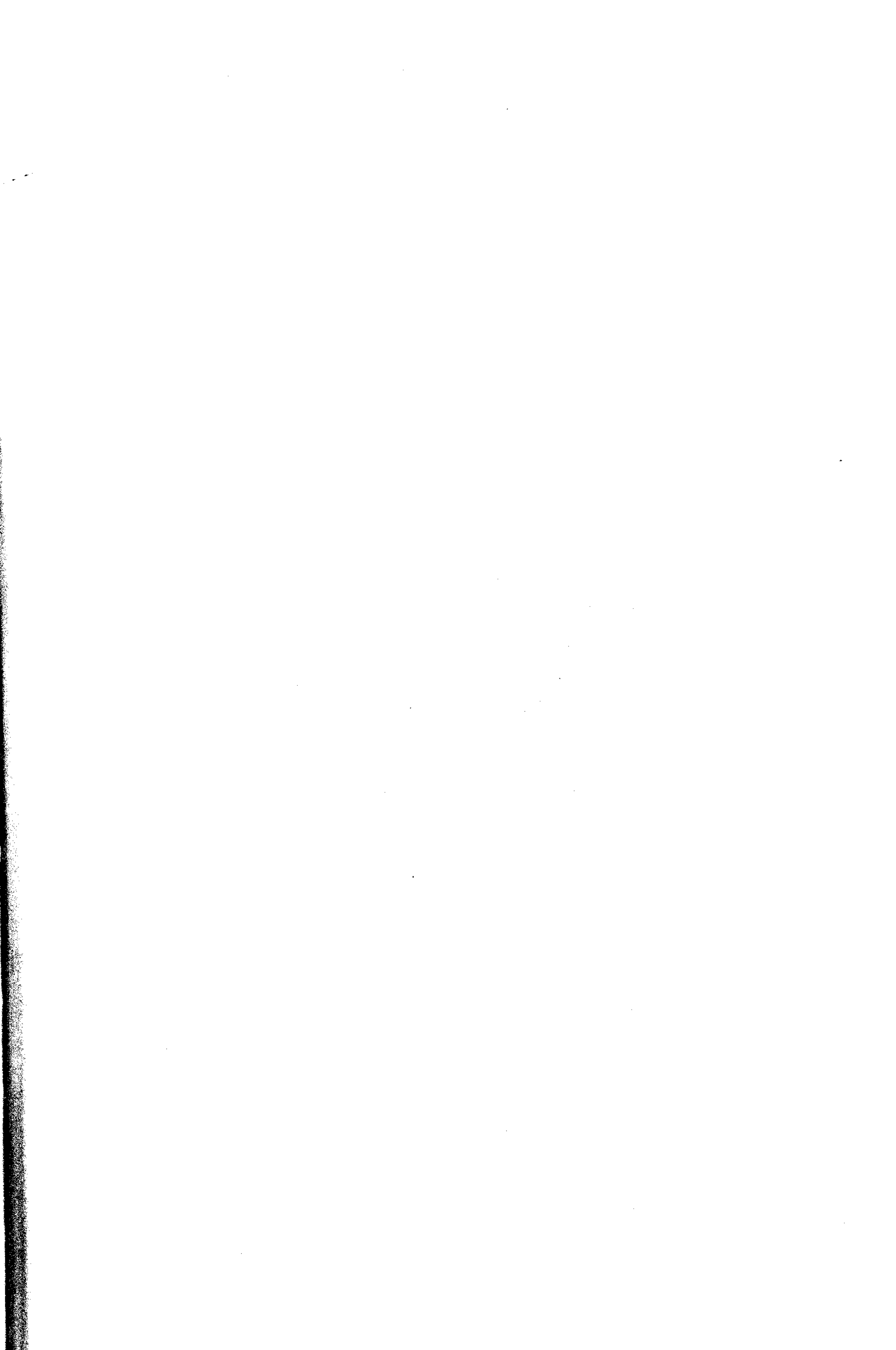
هذا إذا كانت السِّكّةُ نافِذةً فأمّا إذا كانت غيرَ نافِذةٍ فإنْ كان له حَقٌّ في التّقْديم [٦] فليس لأهلِ السِّكّةِ حَقُّ المَنْعِ لِتَصَرُّفِه [٧] في حَقِّ نفسِه وإنْ لم يَكُنْ له حَقٌّ في التّقْديم [٨] فلَهم مَنْعُه سَواءٌ كان لهم في ذلك مَضرّةٌ أو لا لِما ذَكَرنا أنّ حُرْمةَ التّصَرُّفِ في حَقِّ الغيرِ لا تَقِفُ على المَضرّةِ به واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

والله الموفق للسداد والهادي إلى سبيل الرشاد. تم كتاب الدعوى بحمد الله ومنه، يتلوه كتاب الشهادات.

---

(١) في المخطوط: «أحد».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «ليست».
(٤) في المخطوط: «ضرر».
(٥) في المخطوط: «الطريق».
(٦) في المخطوط: «القديم».
(٧) في المخطوط: «لأنه متصرف».
(٨) في المخطوط: «القديم».

الفهرس



الفهرس



مطابع دار الطباعة والنشر الإسلامية
العاشر من رمضان المنطقة الصناعية ب ٢ - تليفاكس : ٣٦٣٣١٤ - ٣٦٢٣١٣
مكتب القاهرة : مدينة نصر ١٢ ش ابن هانئ الأندلسي ت : ٤٠٣٨١٣٧ - تليفاكس : ٤٠١٧٠٥٣